Der Verkauf mit Rücktrittsvorbehalt für den Fall der Nichterfüllung (lex commissoria) im alten und im neuen Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Paul Ferdinand Wiesand

Referendar in Dresden.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1905.

Meiner Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

Römisches und gemeines Recht.

Einleitung 1
A. Juristische Natur der lex commissoria 3
B. Rechtsverhältnisse pendente conditione 9
a) Ist Eigentumsübergang möglich?
C. Voraussetzungen der Entstehung der lex commissoria . 13
a) Zahlungssäumnis.
b) Wahlrechtsausübung.
D. Wirkungen der lex commissoria 22
a) Obligatorische.
b) Dingliche.

Zweiter Teil.

Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.

Einleitung 37
A. Wo ist die lex commissoria im B.G.B. zu finden? . . . 37
B. Rechtsverhältnisse vor der Ausübung 40
C. Ausübung 42
D. Wirkungen 44
E. § 360 49
Vergleich zwischen gemeinem Rechte und dem Rechte des B.G.B. 51

Dritter Teil.

Gesetz vom 16. Mai 1894, betreffend die Abzahlungsgeschäfte.

Einleitung 53
A. Entstehung des Abzahlungsgeschäftes 54
B. Das die lex commissoria enthaltende Abzahlungsgeschäft 56
C. Das Gesetz vom 16. Mai 1894 59

Seite

D. Auf welche Fälle beschränkt sich die Anwendung? . . 61
a) In subjektiver Beziehung.
b) In objektiver Beziehung.
E. Regelung der lex commissoria im Gesetz vom 16. Mai 1894 63
§ 1. Stellung des Käufers.
§ 2. Stellung des Verkäufers.
Vergleich zwischen Gesetz vom 16. Mai 1894 mit gemeinem Recht und B.G.B. 71

Literaturverzeichnis.

A. Römisches Recht.

Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Bd. 2. 1876.
Burkhard, Zur Lehre von der lex commissoria beim Kauf, im Archiv für civil. Praxis Bd. 51 S. 155 ff., 289 ff.
Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung.
Engelmann, Der Rückfall des Eigentums. 1868.
Hasenkamp, Die gemeinrechtlichen Grundsätze über den Verkauf mit lex commissoria und ihre Modifikation durch das Reichsgesetz vom 16. Mai 1894. Inaug.-Diss. Erlangen 1896.
Heuser, Das ausbedungene Rücktrittsrecht beim Kaufvertrage (lex commissoria). Inaug.-Diss. Erlangen 1899.
Pandektenlehrbücher von Dernburg I u. II 1896; Glück 16; Windscheid I u. II 8. Aufl. 1900; Sintenis 1868; v. Vangerow I 1863; Keller 1861; Regelsberger I 1893; Baron 1896.
Schulin, Über Resolutivbedingung und Endtermine.
Thinius, Vorbehalt der Rechtsverwirkung (lex commissoria) im röm. Recht und B.G.B. Inaug.-Diss. Rostock 1901.
Treitschke, Der Kaufkontrakt. 1865.
Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 2. Die Reuverträge. 1879.

B. Modernes Recht.

Brünneck, Über den sogen. Möbelleihvertrag, in Gruchots Beiträgen 10. Jahrg. S. 339 ff.
Cohen, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Abzahlungsgeschäfts. 1891.
Geßner, Das Abzahlungsgeschäft. Inaug.-Diss. Zürich 1898.
Höhne, Theorie des sogen. Leihvertrags. 1886.

Kommentare zum B.G.B. von
Planck 2. Aufl. 1899; Staudinger 1900; Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899; Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 1897.

Kommentare zum Reichsgesetz vom 16. Mai 1894:
Hausmann, Berlin 1894; Schmidt, München 1894; Fuld, Leipzig 1894; Friedmann, Hannover 1894; Hoffmann, 2. A., besorgt von Wilke, Berlin 1901.

Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäfts nach dem geltenden Recht und nach B.G.B. 1898.

Lehrbücher des B.G.B. von
Matthiaß I u. II 3. Aufl. 1900; Cosack 1899; Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. Bd. 2 6. Aufl. 1899; Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 1899.

Marwitz, Über den Möbelleihvertrag, in den Beiträgen zur Erläuterung des d. R. von Rassow u. Küntzel 5. Jahrg. Heft 2 S. 214 ff.

Schmidt, Verwirkungsklausel und Vertragsstrafe beim Abzahlungsgeschäft. Inaug.-Diss. Rostock 1902.

Weber, Verkauf mit lex commissoria und Reichsgesetz über die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894. Inaug.-Diss. Erl. 1899.

Erster Teil.

Römisches und gemeines Recht.

Erweist sich der Käufer bei der Kaufpreiszahlung als nicht zuverlässig, so ist in vielen Fällen dem Verkäufer viel mehr daran gelegen, das Kaufgeschäft nicht geschehen machen zu können, als auf dem mühevollen und langwierigen Wege der Klage und Zwangsvollstreckung zu seinem Rechte zu kommen. Seit altersher pflegte daher der vorsichtige Verkäufer beim Abschlusse des Kaufvertrags die Nebenabrede zu treffen, daß es ihm, falls der Käufer nicht oder nicht rechtzeitig erfülle, gestattet sein solle, vom Vertrage zurückzutreten. Auch schon den alten Römern war ein solcher Nebenvertrag wohl bekannt. Für seine Beliebtheit und häufige Anwendung spricht, daß er bei ihnen sogar einen terminus technicus hatte, „lex commissoria". Die rechtliche Behandlung dieser lex commissoria im alten und im neuen Rechte zu betrachten, sowie beide Rechte vergleichend gegenüberzustellen, ist die Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

Obgleich der lex commissoria ein ganzer aus 8 Fragmenten bestehender Digestentitel gewidmet ist und auch noch mannigfache andere Stellen des Corpus juris sie enthalten, geben doch die Quellen keine eigentliche Definition desselben. Am deutlichsten zeigt das, was die Römer unter der lex commissoria verstanden, l. 2 D. h. t.:

Pomponius libro XXXV. ad Sabinum: Quum venditor

fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit ita accipitur inemptus esse fundus si venditor inemptum eum esse velit.

Hiernach und nach der herrschenden Meinung[1]) kann man die lex commissoria beim Verkauf definieren als: Nebenvertrag, des Inhalts, daß der Kaufvertrag im Falle nicht oder nicht rechtzeitig erfolgter Zahlung des Kaufpreises vom Verkäufer aufgelöst werden kann. Als beim Abschlusse eines Kaufvertrags hinzugefügte Nebenabrede ist die lex commissoria ein pactum adiectum. Sie wird ganz willkürlich von den Parteien hinzugefügt, mithin ist sie ein accidentale des Kaufvertrags. Deshalb wird sie auch niemals bei einem Kaufvertrage vermutet. Als pactum ist die lex commissoria formlos. Die Annahme einiger, nur ein Vertrag, der die Formel si ad diem pecunia soluta non sit, res inempta esto enthält, sei lex commissoria, wird durch nichts bewiesen. Vielmehr ist anzunehmen, daß auch jede andere Wortfassung eine lex commissoria begründet, wenn nur daraus hervorgeht, daß die Interessenten dabei die Festsetzung einer lex commissoria im Sinne gehabt haben.[1a])

Die lex commissoria kann auch noch anderen Verträgen außer dem Kaufvertrage beigefügt werden. So findet man sie in den Quellen namentlich noch als Nebenabrede bei der Verpfändung, als welche sie vom Kaiser Konstantin wegen ihrer Gefahr für das Volkswohl kraft Gesetzes verboten wurde (l. 3 C. de pact. pign. 8, 35), ferner bei der Pacht (l. 31 D. de pign. 20, 1; l. 51 pr. D. 19, 2) und bei der Werkverdingung (l. 13 § 10 D. eod.). Auch eine zugunsten des Käufers dem Kaufvertrage beigefügte lex commissoria ist wohl denkbar, wenn nämlich der Käufer im Falle des nicht rechtzeitigen Empfanges der Kaufsache am Kaufe kein Interesse mehr hat. Eine generelle Definition der

[1]) vgl. Dernburg, Pand. I § 112 S. 256; Windscheid, Pand. II § 323 S. 316.

[1a]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 10 Nr. 49 S. 64.

lex commissoria müßte deshalb lauten: Nebenvertrag, der dem einen Kontrahenten ein Auflösungsrecht gibt, wenn der andere seine Kontraktsverbindlichkeiten nicht erfüllt. Der ausführlichen Darstellung und Besprechung haben jedoch die römischen Juristen, abgesehen von der lex commissoria bei der Verpfändung, nur die zugunsten des Verkäufers beim Kauf wirkende lex commissoria unterzogen. Auch die Betrachtungen der vorliegenden Arbeit sollen sich auf diesen häufigsten und praktisch wichtigsten Fall beschränken. Für ihn ist die oben zuerst aufgestellte Definition der lex commissoria die gegebene. So mag denn der Begriffserklärung nur noch eine Worterklärung des Ausdrucks „lex commissoria" angeschlossen werden:

Lex ist hier = pactum = Vertrag, Klausel; commissoria aber ist von committere abzuleiten, das im Passiv so viel wie: „in Strafe verfallen, verwirken" heißt, so daß also lex commissoria eine Vertragsklausel bedeutet, die eine Sache einem anderen verfallen, Rechte verwirken macht und mit „Verfalls- oder Verwirkungsklausel" deutsch wiederzugeben ist.

Nach der obigen Definition ist der Verkäufer, der unter lex commissoria verkauft hat, berechtigt, im Falle, daß der Käufer nicht zahlt, vom Kaufvertrage zurückzutreten. Kein Zwang liegt vor, sondern ein Recht.

Ursprünglich war mit lex commissoria wohl nur die Vertragsauflösung als unmittelbare Folge der schuldnerischen Zahlungssäumnis statuierende Vertragsklausel bezeichnet worden. Da diese aber nach dem gewichtigen Zeugnis des Pomponius und Ulpian in l. 2 l. 3 D. h. t. stets so zu interpretieren ist, daß die Vertragsauflösung vom Willen des Gläubigers abhängt, ist der Begriff der lex commissoria im klassischen römischen Rechte insoweit auch ein veränderter und erweiterter.

Der Verkäufer kann mithin, wenn der Käufer zahlungs-

säumig geworden ist, wählen, ob er von dem Auflösungsrechte Gebrauch machen, oder ob er es unbenutzt lassen und Erfüllung verlangen will. Das Rücktrittsrecht ist jedoch nur, wenn ein bestimmter Fall eintritt, dem Verkäufer gegeben, mithin ist es ein bedingtes. Durch die ganze Nebenabrede ist aber auch der Kaufvertrag unter eine Bedingung gestellt.

Von altersher wogt der Streit über die juristische Natur der lex commissoria hin und her.

Daß sie für den Hauptvertrag eine Bedingung darstellt, wird im römischen Recht allgemein anerkannt. Sehr bestritten ist dagegen die Frage: „Ist sie eine auflösende oder eine aufschiebende Bedingung?“

Betrachtet man zunächst die Quellen, so sprechen sich l. 2 D. h. t. und l. 4 eod. deutlich dahingehend aus, daß die lex commissoria als Resolutivbedingung wirkt: inemptus und inemptus fieret, ungekauft soll das Grundstück werden. Beinahe noch überzeugender spricht das in der l. 4 folgende: „Et quidem finita est emptio“.

Diese Stellen beweisen aber nur, daß die lex commissoria resolutiven Charakter haben kann.

Der resolutive Charakter der lex commissoria wird denn auch von der herrschenden Meinung anerkannt. Während ihn aber einige Juristen[2]) als ureigentlichsten Bestandteil des Wesens der lex commissoria ansehen und jede Möglichkeit einer anders gearteten lex commissoria leugnen, sind andere[3]) der Meinung, daß die lex commissoria in der resolutiven Form zwar präsumiert werden müsse, daß sie jedoch auch in suspensiver Form wohl denkbar sei. Man könnte sogleich gegen diese Ansicht geltend

[2]) vgl. Burkhard im Archiv f. civ. Praxis: lex commissoria beim Kauf §. 162ff.; Engelmann, Der Rückfall des Eigentums S. 21; Wendt, Reugeld u. Gebundenheit bei Rechtsgeschäften I S. 22.

[3]) Glück, Pand. XVI S. 275ff.; Treitschke S. 179; Schulin, Über Resolutivbedingungen u. Endtermine S. 140; Bechmann, System des Kaufs n. gem. Recht S. 520.

machen, daß ein Fall, der eine suspensiv gefaßte lex commissoria zum Gegenstand hat, in den Quellen nicht zu finden ist. Da die Quellen aber immer nur praktische Fälle behandeln und eine erschöpfende Rechtsregelung nicht darstellen, wird dieser Umstand allein als Beweis für die Unmöglichkeit einer suspensiven lex commissoria von den Vertretern der Ansicht, eine suspensiv gefaßte lex commissoria sei denkbar, ihrerseits nicht anerkannt. Im Gegenteil, sie behaupten, aus den Quellen nachweisen zu können, daß auch die römischen Juristen die Möglichkeit einer lex commissoria in suspensiver Fassung anerkannt hätten. Für diese Behauptung führen sie hauptsächlich l. 1. D. h. t. und l. 2 § 3 D. 41, 4 ins Feld. Die Beweiskraft dieser Stellen für die aufgestellte Behauptung wird jedoch durch die Auslegung, die sie durch Burkhard erfahren haben, ganz wesentlich erschüttert, ja sogar m. E. nach aufgehoben. So interpretiert Burkhard in der ersten Stelle das magis, das in der Tat zunächst die vertretene Ansicht zu verteidigen scheint, dahin, daß es hier nicht die Bedeutung: „Es ist für diese Ansicht zu präsumieren“ hat, sondern: „Es spricht mehr dafür aus sachlichen Gründen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß die lex commissoria eine Resolutivbedingung involviert.“ In der zweiten Stelle aber ist die Fassung der lex commissoria: ut, nisi ... res inempta fieret so deutlich den resolutiven Charakter der hier vorliegenden lex commissoria zum Ausdrucke bringend, daß dem Gedankengange des Paulus: Si conventio est, unbedingt ein „und das ist sie zweifellos!“ eingeschoben werden muß.[4]) Die außer diesen noch für die Möglichkeit einer suspensiven lex commissoria angeführten Quellenstellen l. 21, l. 22 pr. D. 19, 2 beweisen nur, daß hier ein Kaufkontrakt in der Tat nicht perfekt geworden ist: ex locato erit actio. Dafür aber, daß eine lex commissoria den Kauf-

[4]) Burkhard a. a. O. S. 164.

vertrag nicht zum Entstehen kommen läßt, bieten die Stellen keinen Anhalt. Ist in ihnen doch immer nur von einer Sondervereinbarung bei der Miete und nicht von einer solchen beim Kaufe die Rede. Daß die römischen Juristen eine lex commissoria, die eine Suspensivbedingung für den Hauptvertrag darstellt, für möglich gehalten haben, kann somit nicht für erwiesen erachtet werden.

Die folgende Betrachtung soll im Gegenteil beweisen, daß sie die lex commissoria nur als Resolutivbedingung anerkannt haben.

Vergleicht man nämlich Titel II und Titel III D. 18, so findet man, daß Ulpian im Titel II, der von der in diem addictio handelt, die Frage, ob der Kauf hier resolutiv oder suspensiv bedingt sein soll, dahingehend beantwortet, daß dies quaestio facti sei, während er in Titel III l. 4 die lex commissoria mit: „hoc est ut inemptus fieret" und „finita est emptio" förmlich als Resolutivbedingung definiert. Hätte er eine lex commissoria als Suspensivbedingung für möglich gehalten, so würde er sie hier sicher, ebenso wie er das bei der in diem addictio getan hat, erwähnt haben.

Die Quellen kennen mithin die lex commissoria nur als Resolutivbedingung.

Auch eine Betrachtung des Wesens und der essentialia der lex commissoria führt zu dem Resultat, daß sie nur als Resolutivbedingung denkbar ist.

Wie müßte eine suspensiv gefaßte lex commissoria lauten? Doch sicherlich so: „Ich verkaufe . . . , wenn du den Kaufpreis zu bestimmter Zeit zahlst."

Dies hieße aber, wie Burkhard[5]) sehr richtig sagt, die Perfektion eines Vertrages, der durch bloßen Konsens zustande kommt, abhängig machen von einer Bedingung, die in der Erfüllung einer erst aus dem perfekten Vertrage hervorgehenden Verbindlichkeit besteht. Dies hieße ferner

[5]) a. a. O. S. 165.

den Konsensualkontrakt emptio-venditio zu einem Realkontrakt stempeln, die lex commissoria aber zu einem pactum de vendendo. Lex commissoria würde ein solcher Vertrag nicht mehr sein. Und was würde mit dem der lex commissoria essentiellen Wahlrecht des Verkäufers?

Ist es bei einer lex commissoria als Suspensivbedingung, die den Kaufvertrag doch erst zur Entstehung bringen soll, für den Verkäufer denkbar, daß er aus einem Vertrage, der noch gar nicht perfekt geworden ist, Erfüllung verlangen kann? Sicherlich nicht.

Die Möglichkeit einer lex commissoria als Suspensivbedingung muß demnach, als dem Begriffe der lex commissoria widerstreitend, verneint werden. Eine derartige Parteivereinbarung ist nicht lex commissoria, denn im Wesen der lex commissoria liegt begründet, daß sie den Hauptvertrag, dem sie beigefügt ist, auflöst; mithin ist die lex commissoria stets nur als Resolutivbedingung des Hauptvertrages denkbar.

Windscheid,[6]) der zwar die Möglichkeit einer suspensiven lex commissoria nicht schlechtweg verneint, aber doch im übrigen die Ansicht vertritt, daß die lex commissoria eine Resolutivbedingung enthält, konstruiert dieselbe noch auf ganz besondere Weise. Er sagt: „Der Vertrag mit gestattetem Rücktritt ist im Zweifel anzusehen als abgeschlossen unter einer auflösenden Bedingung, deren Inhalt entweder schlechthin der ist, daß eine Partei die Wiederaufhebung des Vertrages wollen sollte, oder der, daß ein gewisser Umstand eintreten und dann die Partei die Wiederaufhebung wollen sollte. Nach ihm wirkt also erstens als auflösende Bedingung, daß der Käufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt, zweitens, daß der Gläubiger das Rücktrittsrecht ausüben will. Mithin konstruiert er die lex commissoria als doppelte Resolutivbedingung.

---

[6]) Windscheid a. a. O. § 323 S. 316 ff.

Und in der Tat ist nicht zu verkennen, daß die Resolutivbedingung, die die lex commissoria involviert, eigen geartet ist. Nicht der ungewisse Umstand, von dessen Eintritt sie abhängig gemacht ist, die schuldnerische Zahlungssäumnis allein bringt sie zum Entstehen, dadurch wird nur der verkäuferische Wille frei, erst die Erklärung dieses Willens seitens des Verkäufers bewirkt ihre Existenz. Die lex commissoria ist also auf einen doppelten ungewissen Umstand gestellt.

M. E. ist die Konstruktion folgende:

Die lex commissoria enthält stets einen Rücktrittsvertrag. Jeder Rücktrittsvertrag setzt dem Hauptvertrag, auf den er wirken soll, eine Resolutivbedingung. Wird die Ausübung des Rücktrittsrechts in das freie Belieben des Verkäufers gestellt, so ist die vom Rücktrittsvertrage involvierte Resolutivbedingung zugleich eine reine Potestativbedingung.

Bei der lex commissoria ist der Rücktrittsvertrag seinerseits wieder durch die Zahlungssäumnis bedingt. Diese bringt den Rücktrittsvertrag erst zum Entstehen, bedingt ihn mithin suspensiv. Der zur Existenz gelangte Rücktrittsvertrag ist jedoch nunmehr bezüglich seiner Ausübung ganz in das freie Belieben des Verkäufers gestellt. Mithin setzt er dem Kaufvertrage eine resolutive Potestativbedingung. Diese wird wiederum mit der Rücktrittserklärung erfüllt und durch die Rücktrittserklärung deshalb der Kaufvertrag aufgelöst.

Hiernach aber enthält die lex commissoria nicht, wie den Windscheidschen Ausführungen zu entnehmen ist, eine doppelte Resolutivbedingung, sondern zwar eine doppelte Bedingung, aber eine suspensive und eine resolutive, und die juristische Natur der lex commissaria kann man dahin zusammenfassen: die lex commissoria ist ein suspensiv bedingter Rücktrittsvertrag, der seinerseits dem Hauptvertrage, dem er beigefügt ist, eine Resolutivbedingung setzt.

Auf den Hauptvertrag, den Kaufvertrag, wirkt also stets unmittelbar nur die zweite, die im Rücktrittsrechte liegende Resolutivbedingung.

Mithin beweist auch diese Konstruktion, daß die lex commissoria für den Kaufvertrag, dem sie beigefügt ist, stets nur eine Resolutivbedingung enthält.

Der Verkauf mit lex commissoria ist, wie l. 1 D. h. t. besagt, ein negotium purum, quod sub condicione resolvitur. Die condicio ist eine resolutive. Während der Schwebezeit der Bedingung ist mithin der Kaufvertrag in voller Wirksamkeit, wie wenn er unbedingt abgeschlossen worden wäre (l. 2 § 1, l. 4 § 3 D. 18, 2).

Gemäß dem römischen und gemeinrechtlichen Rechtssatze: periculum est emptoris geht mit dem Abschluß des Vertrages die Gefahr auf den Käufer über, gemäß dem andern: commodum eius esse debet, cuius est periculum, gebühren ihm jedoch auch wiederum vom selben Moment an alle Vorteile, also namentlich alle Früchte. Ist tradiert und sind die sonstigen Erfordernisse der Eigentumsübertragung vorhanden, so hat während des Obschwebens der Resolutivbedingung der Erwerber alle Rechte des Eigentümers. Er kann die Sache veräußern, mit dinglichen Lasten beschweren und hat die rei vindicatio.

Jedoch sein Eigentum ist resolutiv bedingt, mithin revokabel. Diese Aufhebbarkeit setzt sich auch auf alle weiteren darauf begründeten Rechte fort.

Deshalb ist der Käufer insoweit in seinen Verfügungen über die Sache gebunden, daß er ein Recht oder Rechtsverhältnis, welches nicht wieder rückgängig zu machen ist, gar nicht zur Entstehung zu bringen vermag.[7]) Dem Verkäufer steht im Falle der Gefährdung ein Anspruch auf Sicherstellung auch gegenüber dritten Erwerbern der Sache zu.[8])

[7]) Windscheid a. a. O. I § 89 S. 276.

[8]) Dernburg a. a. O. I § 108.

Nur eine Streitfrage ist bei der Betrachtung des Rechtszustandes pendente condicione noch zu erwähnen.

Man hat die Ansicht verfochten, Eigentum könne pendente condicione bei einem Kaufvertrage mit lex commissoria nicht auf den Käufer übertragen werden. Schon das Zwölftafelgesetz fordere ebenso wie das klassische römische Recht für den Eigentumsübergang beim Kauf Kaufpreiszahlung oder Kreditierung. Da Kaufpreiszahlung pendente condicione beim Kaufvertrage mit lex commissoria nicht erfolge, könne Eigentum in dieser Zeit nur übergehen, wenn die lex commissoria einen Kreditvertrag enthalte; das widerspräche aber dem Wesen der lex commissoria.

Schulin,[9]) der Hauptvertreter dieser Ansicht, begründet sie folgendermaßen:

Jeder Kreditvertrag, der ein Aufgeben der im Eigentum liegenden Realsicherheit gegen bloße Personalsicherheit ist, beruht auf Vertrauen.

Der mit lex commissoria verkaufende Verkäufer beweist durch Hinzufügen der lex commissoria ein entschiedenes Mißtrauen gegen den Käufer. Deshalb folgt notwendig aus dem Wesen der lex commissoria, daß sie wohl einen Stundungsvertrag, nie aber einen Kreditvertrag enthalten kann. Zum Eigentumsübergang beim Kauf ist ein solcher unzureichend. Dem gegenüber ist zu sagen, daß die Schulinsche Auffassung über den Kreditvertrag sicher eine zu eng begrenzte ist. Ein Mißtrauen gegen den Käufer hegt offensichtlich auch der tradierende und kreditierende Verkäufer, der sich Bürgen- oder Pfandsicherheit bestellen läßt. In diesen Fällen wird doch niemandem einfallen, die Gültigkeit des Kreditvertrags und des Eigentumüberganges in Zweifel zu ziehen. Ganz auf gleiche Art und Weise aber will sich der Verkäufer mit lex commissoria, ja gerade dadurch, daß er die lex commissoria hinzufügt, gegen die

---

[9]) Über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 143 ff., S. 118 ff.

Gefahren des Kreditgebens schützen. Dementsprechend kann also trotz des in der lex commissoria liegenden Mißtrauens der Wille des Verkäufers sehr wohl auf den Abschluß eines Kreditvertrags mit dem Käufer gerichtet sein. Ja in den meisten Fällen wird der in der lex commissoria liegende Zweck, das „sich gegen die Gefahren des Kreditgebens schützen wollen", sogar einen Kreditvertrag in der lex commissoria vermuten lassen.

Aus diesem Schutzzwecke folgt aber auch, daß, selbst wenn der Verkäufer mit lex commissoria einmal ausdrücklich keinen Kreditvertrag, sondern nur einen Stundungsvertrag hat abschließen wollen, dennoch Eigentumsübergang pendente condicione möglich ist. Das soll die folgende Betrachtung beweisen:

Der Zweck des Gesetzes, das den Eigentumsübergang beim Kauf von Kaufpreiszahlung oder Kreditierung abhängig macht, ist der, den Verkäufer davor zu schützen, daß er, wenn er in Ausführung des Geschäftes tradiert, sein Eigentum ohne weiteres gegen einen nur persönlichen Anspruch aus dem Kaufvertrage einbüßt, der für ihn im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Käufers wertlos ist. Zahlungsunfähigkeit bewirkt auch immer Zahlungssäumnis. Bei einem Kaufvertrage mit lex commissoria aber tritt bei Zahlungssäumnis die lex commissoria in Kraft. Diese setzt den Verkäufer in die Lage, sich sein Eigentum zurückzuverschaffen. Die lex commissoria gewährt ihm mithin denselben Schutz, den ihm das Gesetz mit der Bestimmung, daß Eigentum beim Kauf nicht eher übergehen kann, als bis der Kaufpreis gezahlt oder kreditiert sei, zu bieten bezweckt. Für den Verkäufer, der selbst für seine Sicherheit sorgen will, braucht das Gesetz nicht mehr zu sorgen.

Für den ersten Fall der lex commissoria, der Ausübung des Rücktrittsrechts, entfällt somit der gesetzliche Schutz.

Tritt aber der andere Fall der lex commissoria ein,

verschafft sich der Verkäufer nicht infolge seines Rücktrittsrechts sein Eigentum zurück, sondern will er den Vertrag bestehen lassen, dann zeigt er damit offenkundig, daß er sich mit dem persönlichen Anspruche aus dem Vertrage zufrieden erklärt. Auch für den Verkäufer, der keine Fürsorge haben will, braucht das Gesetz nicht mehr zu sorgen. Deshalb entfällt der Gesetzesschutz auch für den zweiten Fall der lex commissoria, mithin für den Verkauf mit lex commissoria überhaupt.

Die Möglichkeit des Eigentumüberganges bei einem Verkauf mit lex commissoria auch schon pendente condicione und auch in den Fällen, in denen eine Kreditierung des Kaufpreises seitens des Verkäufers nicht stattgefunden hat, ist somit kaum in Zweifel zu ziehen.[19])

So lassen sich denn auch Quellenstellen finden, die für diese Möglichkeit zeugen. Vor allem kommt in Betracht l. 5 D. 18, 3, wo das suo quoque jure deutlich ausspricht, daß der Käufer mit lex commissoria kraft eigenen Rechts, also als Eigentümer, wenn es der Verkäufer selbst war, sonst als Usukapionsbesitzer die Früchte zieht, und das in seiner einfachen Klarheit der gezwungenen Interpretation Schulins (a. a. O. 148 ff.) Trotz bietet, der annimmt, Eigentum sei nicht übergegangen, der Wille der Parteien sei dahin zu interpretieren, daß der Käufer die Früchte der Zwischenzeit erwerben solle.

Ferner ist zu nennen l. 3 C. de pact. e. et v. comp. 4, 54. Hier wird dem Verkäufer sub lege commissoria die Eigentumsklage, außer wenn er bloß prekaristischen Besitz übertragen hat, abgesprochen. Die in einem späteren Abschnitte bei der Exegese dieser Stelle zu behandelnde Streitfrage, ob die Entscheidung des Juristen für einen Fall gilt, in dem die in der lex commissoria liegende Re-

---

[19]) So auch Hasenkamp, Die gemeinrechtlichen Grundsätze des Verkaufs mit lex commissoria, Bonner Diss., S. 14 ff.

solutivbedingung pendent oder existent ist, berührt den Eigentumsübergang nicht. Auch wenn letzteres der Fall ist, kann dieser nur pendente condicione erfolgt sein. Mithin stellt die Stelle für die Möglichkeit des Eigentumsüberganges pendente condicione einen vollgültigen Beweis dar. Schließlich ist noch l. 2 § 3 D. 41, 4 zu nennen, in der die Ansicht des Sabinus, beim Verkauf mit lex commissoria solle keine usucapion stattfinden, verworfen wird.[11])

Da die lex commissoria, wie oben nachgewiesen, eine doppelte Bedingung enthält, selbst bedingt ist und selbst eine Bedingung setzt, so gehören auch zu ihrem Wirksamwerden zwei Momente.

Das erste ist in der Person des Schuldners liegend: Er muß nicht gezahlt haben. Dieser Umstand erfüllt die erste, in der lex commissoria liegende, die Suspensivbedingung, und bringt das Auflösungs- oder Rücktrittsrecht des Verkäufers zum Entstehen.

Das Rücktrittsrecht seinerseits enthält das zweite, in der Person des Verkäufers liegende, zum Wirksamwerden der lex commissoria nötige Moment: Der Gläubiger kann infolge seines Rücktrittsrechtes ganz nach freiem Belieben eine Entscheidung treffen, ob er den Vertrag bestehen lassen, oder ob er ihn auflösen will. Sein Rücktrittsrecht als Recht enthält keine Verpflichtung und ist deshalb ein Wahlrecht. Übt er es aus, und dies geschieht durch Erklärung, so wird dadurch die zweite Bedingung, die in der lex commissoria liegt, die Resolutivbedingung erfüllt. Das in der Person des Gläubigers liegende Moment tritt ein: die lex commissoria wird wirksam.

Beide zum Wirksamwerden der lex commissoria erforderlichen Momente, seien sie kurz mit „Zahlungssäumnis“ und „Wahlrechtsausübung“ bezeichnet, sollen nacheinander betrachtet werden.

---

[11]) vgl. Burkhard a. a. O. S. 294.

Zuerst die Zahlungssäumnis! Welche Erfordernisse enthält sie? Vor allem Verpflichtung zur Zahlung, also Fälligkeit der Schuld. Ist ein Zahlungstermin vereinbart, so muß derselbe abgelaufen sein, ohne daß der Schuldner gezahlt hat. Er muß bis auf die letzte Minute abgelaufen sein, wie l. 42 D. 45, 1 und l. 38 pr. D. 44 in bezug auf alle Termine hervorheben.

Sogleich taucht wieder eine Streitfrage auf:

Zur Fälligkeit einer Schuld gehört doch nicht notwendig die Festsetzung eines Termines. Sie kann sogleich mit Abschluß eines Vertrages fällig sein. Dies ist sogar der gewöhnlichste Fall. Wie verhält sich das bei der lex commissoria? Ist hier die Fälligkeit der Schuld vom Vertragsschluß an denkbar, oder erfordert die lex commissoria immer erst Fälligkeit nach einer gewissen Zeit durch einen Termin? M. a. W. bedarf die lex commissoria einer Fristsetzung für die Zahlung oder nicht?

Hierzu ist folgendes zu sagen:

Ist die Schuld, der Kaufpreis, bei einem Vertrage mit lex commissoria sofort mit dem Vertragsabschlusse fällig, so kommt der Rechtssatz: quod sine die debetur, statim debetur zur Anwendung: der Käufer ist vom Momente des Vertragsabschlusses an zur Kaufpreiszahlung verpflichtet. Zahlt nun der Käufer wirklich sofort, so würde es doch jeden Sinnes und Verstandes entbehren, wenn die Kontrahenten auch noch einen großen Nebenvertrag mit lex commissoria abgeschlossen hätten.

Zahlt der Käufer nicht sofort, so ergibt sich aus dem sogleich auch mit dem Vertragsabschluß entstehenden Rücktrittsrechte des Verkäufers, daß dieser überhaupt keinen Moment an den Vertrag gebunden ist. Einen solchen Vertrag könnte man vielleicht pactum displicentiae zugunsten des Verkäufers bezeichnen, in ihm noch eine lex commissoria zu sehen, dürfte wohl kaum angebracht sein. Denn der Zweck der lex commissoria ist stets, die Aufhebung

des Kaufvertrags unter gewissen Bedingungen möglich zu machen, nicht aber die Aufhebung schlechthin. Im Begriffe der Bedingung, dem Setzen eines zukünftigen ungewissen Umstandes liegt aber auch zugleich immer das der Befristung. Mithin dürfte das Festsetzen einer Zahlungsfrist zu den essentiellen Bestandteilen der lex commissoria gehören.[12])

Damit, daß die Festsetzung einer Zahlungsfrist ein essentieller Bestandteil der lex commissoria ist, ist natürlich durchaus nicht gesagt, daß diese Zahlungsfrist stets eine genau bestimmte sein muß. Ganz unbestritten ist es, daß die Parteien statt einer genau bestimmten eine angemessene Frist festsetzen können, deren Ablauf in streitigen Fällen vom Richter zu bestimmen wäre. Ja, auch die nachträgliche Festsetzung einer solchen kann sicherlich im Vertrage dem Gläubiger vorbehalten werden.[13]) Nur überhaupt eine Frist ist unbedingt notwendig. Deshalb wird man in solchen praktischen Fällen, in denen ein Nebenvertrag alle sonstigen Bestandteile der lex commissoria außer der Fristsetzung enthält und deutlich eine lex commissoria, als von den Parteien gewollt, ersichtlich ist, schließen müssen, daß die Parteien hier die Festsetzung einer angemessenen Frist als vereinbart angenommen haben wollen.

Diese Ansicht, die Heuser [Das ausbedungene Rücktrittsrecht beim Kaufvertrage (lex commissoria) im gem. Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch Erlanger Diss., S. 11 ff.] sehr ausführlich begründet und zum Beweis für die Möglichkeit einer lex commissoria ohne Fristsetzung anführt,

---

[12]) Derselben Ansicht: Burkhard a. a. O. S. 157 f.; Thinius, Der Vorbehalt der Rechtsverwirkung, Rost. Diss., S. 12 ff.; — a. M. wenigstens teilweise, Glück a. a. O. S. 276; v. Puchta, Pandekten § 263; Sintenis Civilrecht II § 101 Anm. 24; Heuser, Das ausbedungene Rücktrittsrecht beim Kauf, Erl. Diss., S. 11 ff.; v. Vangerow, Pandekten I S. 50.

[13]) cf. Bechmann a. a. O. S. 523.

beweist m. E. schlagend gerade das Gegenteil von dem, was Heuser beweisen will, nämlich die hier vertretene Ansicht von der Unmöglichkeit einer solchen lex commissoria. Denn in der der Natur des Rechtsgeschäfts entnommenen Statuierung einer angemessenen Frist in Fällen, in denen eine Fristsetzung fehlt, liegt eben der Beweis dafür, daß eine Fristsetzung ein essentieller Bestandteil des Rechtsgeschäfts ist, ohne den es nicht denkbar ist. Die Quellen ergeben insofern einen Beweis für die hier vertretene Ansicht, als auch sie in den zahlreichen Stellen, in denen die lex commissoria abgehandelt wird, keiner solchen ohne Fristbestimmung Erwähnung tun. In den als Definitionen der lex commissoria aufzufassenden Stellen aber ist stets eine solche hervorgehoben.[14])

Eng an die Streitfrage über die Notwendigkeit der Zahlungsfrist bei der lex commissoria lehnt sich die folgende an: Ist Mahnung erforderlich, um den Käufer zahlungssäumig zu machen, oder nicht?

Für die Fälle der lex commissoria, die einen bestimmten Zahlungstermin enthalten, ist Mahnung unbestritten nicht erforderlich.[15]) Hier gilt der Rechtssatz: Dies interpellat pro homine. Im Moment des Ablaufs der vereinbarten Frist wird der Käufer, der nicht gezahlt hat, zahlungssäumig.

Wie aber, wenn eine angemessene Frist entweder vereinbart oder anzunehmen ist? Hier wird von mehreren bedeutenden Juristen[16]) die Mahnung zur Entstehung der Zahlungssäumnis gefordert. Es ist schlechterdings jedoch nicht einzusehen, warum diese Fälle nicht analog denen mit festbestimmter Frist behandelt werden sollen, und für sie etwas anderes gelten soll, als daß in dem Momente,

---

[14]) cf. l. 2, l. 4 pr. D. 18, 3.

[15]) So Windscheid a. a. O. § 323; Sintenis a. a. O. § 101; Glück a. a. O. S. 271; Bechmann a. a. O. I S. 523; Burkhard a. a. O. S. 197.

[16]) So Sintenis, Glück, Bechmann.

in welchem die Frist aufhört, eine angemessene zu sein, die Zahlungssäumnis des Käufers entsteht. Der Zeitpunkt selbst wird eben nach dem Begriffe der Angemessenheit zu beurteilen und im Streitfalle durch richterliches Votum zu entscheiden sein. So spricht sich denn auch Ulpian in l. 4 § 4 D. h. t., die Zweifel des Marcellus betreffs des Erfordernisses der Mahnung beseitigend, deutlich dahingehend aus, daß er eine Mahnung nicht für erforderlich hält; und es liegt, da Frage und Antwort hier ganz allgemein gehalten sind, durchaus kein Grund vor, diese Entscheidung Ulpians nur für die festbefristete lex commissoria gelten zu lassen.

Dazu kommt noch folgender Umstand, der die Forderung der Mahnung bei irgend einem Falle der lex commissoria noch in ein ganz besonderes Licht rückt: Während ein Mahnen des Verkäufers vor dem Ablauf des bestimmten oder angemessenen Zeitpunktes völlig sinn- und zwecklos sein würde, da eine Zahlungspflicht für den Käufer bis zum Ablauf des letzten Momentes der vereinbarten Frist nicht besteht, würde, wie l. 7 D. h. t. besagt, in der Mahnung nach dem Eintritt dieses Zeitpunktes zugleich auch eine Ausübung des verkäuferischen Wahlrechts und damit ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht liegen.[17]) Das Erfordernis der Mahnung würde also das Wahlrecht des Verkäufers vernichten und widerspricht damit dem ureigentlichsten Wesen der lex commissoria.

Es ist mithin zu sagen, daß in allen Fällen der lex commissoria die Zahlungssäumnis des Käufers mit dem Ende der notwendigen, entweder gegebenen oder anzunehmenden Zahlungsfrist eintritt. Mit dem Ablauf des durch diese Frist begrenzten Zeitraumes kommt der Käufer in Verzug. Unter Verzug ist aber hier im Gegensatz zu dem durch die Mahnung erst begründeten subjektiven, ein

---

[17]) So auch Burkhard S. 159; a. M. Sintenis a. a. O. Nr. 24.

objektiver Verzug zu verstehen, der mit der Mahnung nichts zu tun hat.

Will der Schuldner den Verzug und die sich daraus für ihn ergebenden Nachteile vermeiden, so genügt es nicht, daß er die Zahlung bereit hält, er muß sie auch gehörig anbieten. Deutlich spricht sich für dieses Erfordernis l. 4 § 4 D. h. t. aus. Ja, die Quellen gehen sogar noch weiter. L. 51 § 1 D. 19, 1 besagt: Selbst wenn sich der Käufer so viel er konnte, bemüht hat, die Leistung zu bewirken, und diese aus irgend einem Umstande, der mit der Person des Gläubigers im Zusammenhange gestanden hat, nicht zustande gekommen ist, selbst dann entgeht der Käufer nur dem Verzuge, wenn er sogleich nach der Beseitigung des die Leistung verhindernden Umstandes noch einmal anbietet.[18]) Allerdings darf der die Leistung verhindernde Umstand kein solcher sein, den der Gläubiger zu vertreten hat. Hat der Gläubiger kulposer- oder gar doloserweise den Schuldner außerstand gesetzt, zu erfüllen, dann verliert der Gläubiger seine Rechte aus der lex commissoria. Das ist aus dem: nisi quid in ea re venditor dolo fecit der l. 51 § 1 D. 19, 1 zu ergänzen und bei dem: quodsi non habet, cui offerat, posse esse securum der l. 4 § 4 D. h. t. zwischen den Zeilen zu lesen.

Eine weitere Folgerung aus der Bestimmung der l. 51 § 1 D. 19, 1, die den Schuldner, auch wenn er sich zu leisten bemüht hat, in Verzug kommen läßt, wenn die Verhinderung des Zustandekommens der Leistung nur nicht dem Gläubiger zur Last fällt, ist die, daß es bei dem Verzug des Käufers bei der lex commissoria ganz gleichgültig ist, ob diesem dabei eine Schuld beizumessen ist oder nicht. M. a. W.: Culpa wird zum Verzuge des Käufers nicht erfordert. Dieselbe Folgerung ergibt allerdings auch

---

[18]) So auch l. 6 D. h. t.

schon die obige Charakterisierung des Verzugs als objektiven, vom einfachen Zeitlauf abhängigen.

Zum Schlusse der Betrachtung über die Erfordernisse der Zahlungssäumnis des Käufers mag nur noch festgestellt werden, daß dieselbe dann nicht ihre gewöhnliche Wirksamkeit, das Entstehen des Rücktrittsrechts, haben kann, wenn der Verkäufer selbst mit irgend einer Leistung aus dem Kaufvertrage in Verzug gekommen ist.[19]) „Denn wie kann der Verkäufer hier", sagt Glück in seinen Pand. Bd. 16 S. 242, „den Käufer eines Verzugs beschuldigen, wenn er seinerseits noch Punkten des Kontraktes nachzukommen hat?"

Nun das zweite, die lex commissoria zur Wirkung bringende Moment: Die Wahlrechtsausübung.

Schon das Wort enthält die Erfordernisse. Rekapitulierend sei nochmals gesagt: Der Eintritt der in der Zahlungssäumnis liegenden Suspensivbedingung bringt das mit Rücktritts- oder Auflösungs- oder Wahlrecht zu bezeichnende Recht des Verkäufers zum Entstehen. Er kann es ausüben oder unbenützt lassen, sich für Auflösung des Kontraktes oder Forderung aus demselben entscheiden. Die Quellen drücken dies Wahlrecht des Verkäufers in l. 2 D. h. t. und l. 4 § 2 D. h. t. mit den Worten aus: Si volet ..... non etiam invitus und: Utrum commissoriam velit exercere an potius pretium non petere.

Beide Befugnisse, Auflösungs- und Forderungsrecht, gleichzeitig ausüben darf der Verkäufer naturgemäß nicht. Zum Überfluß bemerken dies auch l. 4, l. 6, l. 7 D. h. t. ausdrücklich. Die Ausübung selbst erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. An eine bestimmte Form oder bestimmte Worte ist diese Erklärung nicht gebunden. Es kommt nur darauf an, daß der Wille des Verkäufers,

---

[19]) So l. ult. § 1 D. 18,5; cf. Windscheid II. S. 318 Anm. 9.

sein Wahlrecht auszuüben, einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat.[20]) Einer Entgegennahme von seiten des Käufers bedarf die Erklärung nicht.[21])

Die einmal getroffene und erklärte Wahl ist für den Verkäufer eine endgültige. Nachträglich ändern kann er sie nicht, ein Variationsrecht kann dem Verkäufer, wie sich auch aus l. 4 C. 4, 54 ergibt, nicht zugebilligt werden.

Es taucht nun die Frage auf: Wie lange kann denn der Verkäufer den Käufer über seine Wahl im Zweifel lassen? Ist er bei der Ausübung an eine Frist gebunden oder ist er gar unverzüglich nach dem Entstehen des Rechts zur Ausübung verpflichtet? Die letztere Forderung ist in der Tat erhoben worden.[22])

Den Stützpunkt für sie bildet l. 4 § 2 D. h. t. Wirklich scheint hier das „statim atque commissa est" zunächst der Forderung zu entsprechen. Faßt man aber den Zweck ins Auge, den die lex commissoria immer verfolgt: Vorteil für den Gläubiger, bedenkt man ferner, daß die praktische Folge einer solchen Forderung unverzüglicher Ausführung in den meisten Fällen eine hastige, übereilte und deshalb für den Verkäufer oft unvorteilhafte Wahl sein würde, so kommt man zu dem Schlusse, daß es der Tendenz des zugunsten des Verkäufers getroffenen Nebenabkommens widerstreiten würde, wenn derselbe bei Verlust seines Rechts verpflichtet sein sollte, sich unverzüglich zu erklären. Eine so harte und für den Verkäufer so unangenehme Bestimmung kann mithin in einer lex commissoria unmöglich vermutet werden.[23]) Das statim atque der l. 4 § 2 darf hier nicht streng wörtlich genommen werden, sondern ist konjunktionell für ein gewöhnliches si gebraucht zu verstehen, und das debere bedeutet keine bindende

---

[20]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 32 S. 139.
[21]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 33 S. 225.
[22]) cf. Thibaut, System der Pand. (8. Aufl. 1834) B. 2 S. 147.
[23]) So auch Hasenkamp a. a. O. S. 33 ff.; Thinius a. a. O. S. 16 ff.

Rechtsvorschrift, sondern etwas, was der Jurist für angemessen hält: eine moralische Verpflichtung für den Verkäufer, den Käufer nicht allzulange im Zustande der Ungewißheit zu lassen.

Für diese Auffassung der Stelle spricht es auch, daß man bemüht gewesen ist, um den Käufer vor schikanöser Anwendung des Rücktrittsrechts zu schützen, eine allgemein übliche und billige Ausübungsfrist festzulegen. So hat man versucht, aus l. 31 § 22 D. 21, 1 eine solche von 60 Tagen herzuleiten,[24]) l. 21 § 1 D. 13, 5 schreibt eine Ausübungsfrist von 10 Tagen vor. Gerade diese Verschiedenheit der Fristen beweist jedoch, daß das alte Recht eine einheitliche Bestimmung für eine Beschränkung der verkäuferischen Wahlrechtsausübung nicht gekannt hat, daß diese an eine Frist mithin nicht gebunden ist.

Aber wenigstens moram purgieren, hat man[25]) gesagt, soll der Käufer können, solange der Verkäufer mit der Ausübung des Wahlrechts zögert. M. a. W.: Der Verkäufer soll, solange er sein Wahlrecht noch nicht ausgeübt hat, nicht imstande sein, eine noch nachträglich erfolgende Leistung zurückzuweisen. Die dem Schuldner dadurch gegebene Möglichkeit, den Gläubiger seines Rechts aus der lex commissaria wieder berauben zu können, soll die Strafe für ein zu langes Zögern mit der Wahlrechtsausübung seitens des Gläubigers sein. Dem widerspricht jedoch wieder der Zweck der lex commissaria, die den zahlungssäumigen Käufer bestrafen, dem Verkäufer aber im Falle der käuferischen Zahlungssäumnis jeden Nachteil fernhalten will. Mit dem Verzug geht der Käufer seiner Rechte verlustig. Ohne Einwilligung des Verkäufers kann ihm mithin auch keine purgatio morae zugebilligt werden. Einen Beweis hierfür erbringt auch l. 23 D. 44, 7.

Allerdings hat ein noch nachträgliches Angebot den

[24]) Windscheid a. a. O. II S. 318 Anm. 14.

[25]) Thibaut, a. a. O. II. S. 959.

Vorteil für den Käufer, daß er damit den Verkäufer zur Ausübung seines Wahlrechts zwingt. Denn in einer Annahme des Angebots seitens des Verkäufers liegt, wie l. 6 § 3 D. h. t. sagt, ein Verzicht auf die Ausübung des Rücktrittsrechts, aus der Zurückweisung folgt mithin seine Geltendmachung. Das nachträgliche Angebot ist also für den Käufer ein Mittel, sich vor dem schikanös langen Zögern des Verkäufers mit der Entscheidung zu schützen.[26])

Die Wirkung, die die lex commissaria auf den Hauptvertrag ausübt, drücken die Quellen generell mit den Worten aus: finita est emptio. Der Vertrag wird aufgelöst. Wie das im einzelnen vor sich gehen soll, darüber können die Parteien die verschiedenartigsten Bestimmungen treffen. Der Parteiwille wird somit für die Beurteilung der lex commissaria stets in erster Linie maßgebend sein. Für unsere Betrachtung aber sind naturgemäß namentlich die Wirkungen der lex commissoria von Interesse, die mangels besonderer Parteivereinbarung, also im Zweifel, als Wille der Parteien angenommen werden, die kraft dispositiven Rechts bei ihrer Ausübung eintreten.

Da sollen zunächst die obligatorischen Wirkungen betrachtet werden, die sich aus der Ausübung der lex commissoria stets ergeben, und in ihrer Eigenschaft als pactum adiectum des Kaufvertrags ihren Grund haben.

Sogleich gilt es, eine Streitfrage zu beantworten: Als pactum adjectum muß die lex commissoria doch mit dem Kaufvertrage einheitlich behandelt werden. Dieser aber ist aufgelöst. Können denn aus einem nicht mehr bestehenden Vertrage noch Wirkungen entstehen, noch Ansprüche geltend gemacht werden, und kann aus einem solchen noch eine actio zustehen? Mit Windscheid[27]) ist

[26]) So auch Bechmann a. a. O. S. 525; Windscheid § 323; Wendt II S. 83.

[27]) a. a. O. § 323 Anm. 6.

hier zu sagen: „Durch den Rücktritt hört die von dem Vertrage erzeugte Wirkung für die Zukunft ohne weiteres ipso iure auf. Dagegen bleibt die von dem Vertrage erzeugte rechtliche Wirkung für die Vergangenheit an und für sich bestehen, und es entsteht nur für denjenigen, zu dessen Gunsten sie eingetreten ist, die obligatorische Verpflichtung, sie auch für die Vergangenheit rückgängig zu machen.“ Diese obligatorische Verpflichtung entspringt aber dem gerade bei und nach der Aufhebung des Hauptvertrags erst wirksam werdenden pactum adjectum, der lex commissoria. So billigen denn auch die römischen Juristen, wie z. B. Ulpian in l. 4 D. h. t., auch nach der Auflösung des Kaufvertrags dem Verkäufer mit lex commissoria die actio vendidi als etwas ganz Selbstverständliches zu. Demnach muß gelten, daß der Verkäufer die Rückgängigmachung der auf Grund des aufgelösten Kaufvertrages eingetretenen Wirkungen mit der actio vendidi durchsetzen kann, der Käufer aber für seine Ansprüche nach Auflösung des Vertrags die actio empti zur Verfügung hat.

Im einzelnen stellen sich die gegenseitigen Ansprüche wie folgt dar:

Der Verkäufer kann die Kaufsache zurückfordern. Ebenso hat er ein Forderungsrecht auf sämtliche vom Käufer gezogenen Früchte, nicht nur auf die fructus extantes, sowie auf alle Akzessionen der Kaufsache.

Wäre die lex commissoria ein einfaches Rücktrittsrecht, so würde sich aus der Auflösung des Hauptvertrages ergeben, daß diesen Forderungen des Verkäufers in erster Linie ein Forderungsrecht des Käufers auf Herausgabe der geleisteten Teilzahlungen entgegenstände. Hier ergibt sich jedoch ein großer Widerstreit der Meinungen, indem viele Juristen [28]) der lex commissoria nicht sowohl die Funktionen

---

[28]) Sintenis a. a. O. § 101 Anm. 131; Puchta § 263; Dernburg § 95 Anm. 22 u. 23.

eines Rücktritts- und Auflösungsrechtes, als auch die einer Verwirkung und Vernichtung aller schuldnerischen Rechte beilegen und deshalb dem Käufer im Falle der ausgeübten lex commissoria keinen Anspruch auf Rückgabe der geleisteten Teilzahlungen zubilligen. Daß in sehr vielen praktischen Fällen die Parteien der lex commissoria diese Wirkungen in der Tat beilegen, und ihr damit noch mehr einen Strafcharakter für schuldnerische Zahlungssäumnis geben, als schon im Rücktrittsrechte liegt, ist nicht zu leugnen. Diesen Strafcharakter aber auch in zweifelhaften Fällen ohne weiteres zu vermuten, m. a. W. eine ihn enthaltende dispositive Rechtsbestimmung zu behaupten, das mutet zunächst hart an. Denn offenkundig liegt in einer Bestimmung, die zuläßt, daß der Schuldner, der sich in jeder Weise bemüht hat, zu zahlen, und durch irgend einen unglücklichen Zufall gerade noch mit einem letzten kleinen Rest des Kaufpreises in Verzug gekommen ist, außer der Kaufsache auch noch den bereits größtenteils geleisteten Kaufpreis verliert, eine große Unbilligkeit. Würde durch sie doch der zahlungsfleißige und eifrige Schuldner viel härter bestraft werden, als der leichtsinnige, der an Zahlung überhaupt gar nicht gedacht hat. Auch die Möglichkeit einer unbilligen Bereicherung des sowieso meist kapitalkräftigeren Verkäufers auf Kosten des meist wirtschaftlich schwächeren Käufers berührt peinlich. Es kann demnach nicht verwundern, daß man bestrebt gewesen ist, die Quellenstellen, auf Grund deren die Dispositivvorschrift des Verfallens der geleisteten Teilzahlungen an den Gläubiger bei der ausgeübten lex commissoria für das römische Recht behauptet wird, auslegend im entgegengesetzten Sinne zu interpretieren oder ihre Beweiskraft zu widerlegen.

Hauptsächlich handelt es sich um l. 4 § 1 D. h. t.: „Der Käufer lukriert im Falle der ausgeübten lex commissoria dann die Früchte, wenn er den Kaufpreis, den er gezahlt hat", verloren hat, sagt hier Neratius. Ulpian stimmt

dem Neratius bei: „quando emptor aliquam partem pretiidedit".

Diese Stelle hat die verschiedensten Auslegungen gefunden.

Glück[29]) ist der Meinung, der Jurist spricht nur hypothetisch. Es liegt ein Fall vor, bei dem der Verfall der geleisteten Teilzahlungen auf Vereinbarung der Parteien beruht. Deshalb kann nur die Möglichkeit des Verlustes der Teilzahlungen gefolgert werden. Sintenis[30]) hält Glück die allgemeine Fassung der Stelle entgegen und bringt als weiteres Argument für seine einen Beweis des Verfalls in der Stelle sehende Ansicht vor, daß Ulpian die Ansicht des Neratius unter der Voraussetzung, quando emptor aliquam partem pretii dedit, billigt, mithin Hingabe des pretium, nicht die Bestimmung des Ausschlusses der Rückforderung Grund des Verlustes sei.

Burkhard[31]) bekämpft, als scharfsinnig und gut auch von Windscheid[32]) anerkannt, die Sintenissche Ansicht, indem er nicht dedit und perdidit als Gegensätze auffaßt, sondern pretium und pars pretii.

Dem aber ist wiederum entgegenzuhalten, daß das pretium einer Auslegung gar nicht bedarf, da man das quod numeravit hier mit „soweit er gezahlt ist" übersetzen muß, pretium quod numeravit dann aber dem pars pretii entspricht.

Wohl hat Ulpian dem Neratius nicht einfach nachsprechen wollen, er hat aber nicht, wie Burkhard meint, Wortkorrektur, sondern Interpretation beabsichtigt. Unwillkürlich muß sich nämlich jeder, der den Satz des Neratius: quum pretium, quod numeravit, perdidit, liest, fragen: „Ja, wann geschieht das denn? Darauf will Ulpian Antwort geben, indem er sagt: „Der Käufer

[29]) a. a. O. XVI S. 291 ff.
[30]) a. a. O. Anm. 31.
[31]) a. a. O. S. 307 ff.
[32]) § 323 Anm. 12.

lukriert dann die Früchte, und dies Lukrieren entspricht der Billigkeit, wenn er Teilzahlungen geleistet hat.“ Es mag also Burkhard durchaus darin beigepflichtet werden, daß das quando aliquam partem pretii dedit ganz denselben Sinn hat, wie quando partem pretii, quam dedit, perditit. Den Zweck der Worte des Ulpian aber in einer durchaus nicht notwendigen Korrektur des gar nicht mißzuverstehenden Ausdrucks: „pretium quod numeravit“ zu sehen, hieße den Juristen rechter Kleinlichkeit zeihen und ist äußerst gezwungen.

Auch noch folgendes Argument steht der Burkhardschen Auslegung entgegen, daß nämlich Ulpian, wenn er die Worte des Neratius verbessern wollte, namentlich selbst Veranlassung gehabt hätte, sich so auszudrücken, daß jede Unklarheit vermieden wurde. Eine besonders vorsichtige Ausdrucksweise ist in dem ungenauen dedit aber keineswegs zu finden. Nicht das pretium korrigieren, sondern das unklare quum perdidit interpretieren will mithin Ulpian in dieser Quellenstelle. Dann geht jedoch auch bei ihrer allgemeinen Fassung der Verfall der Teilzahlungen als römische Dispositivvorschrift klar aus ihr hervor. Das Bestehen einer solchen für das römische Recht ist, da die Beweiskraft dieser Stelle allen Interpretationskünsten standhält, auch wenn man in den anderen, zum Beweis derselben Behauptung herbeigezogenen Quellenstellen, so l. 6 pr. h. t., wo unter alio nomine die Teilzahlungen gemeint sein sollen, und l. 25 pr. D. 53, wo das lucrum ebenso arrha wie Teilzahlungen enthalten soll, einen solchen nicht sieht, nicht zu leugnen. Erklärlich ist sie bei ihrer Härte und Unbilligkeit natürlich nur als Folge einer allgemeinen Verkehrsübung, die immer dem Rücktrittsrechte die Verwirkungskraft zugesellte. Als Beweis für das Vorhandensein dieser Dispositivvorschrift im römischen Rechte kann schließlich auch noch der Name gelten, den die römischen Juristen unserem Vertrage bei-

gelegt haben, der, wäre dies nicht der Fall, sehr wenig bezeichnend wäre: lex commissoria.[33])

Wenn das römische Recht in bezug auf die Teilzahlungen eine so harte Dispositivvorschrift für den Fall der ausgeübten lex commissoria enthält, kann es nicht wundernehmen, daß es im Zweifel auch stets die arrha dem Käufer verloren gehen läßt.

Klar und deutlich drückt dies l. 6 pr. D. h. t. aus, und es kann für den Fall dieser lex auch nicht, wie in den dasselbe besagenden Fällen, der l. 8 D. h. t. und l. 1 C. 4, 54, Verfall der arrha auf Grund diesbezüglicher Parteivereinbarung angenommen werden.

Betreffs der arrha ist eine solche Dispositivvorschrift zuungunsten des Käufers gar nicht so verwunderlich, denn die arrha pflegt ja nicht nur den Charakter eines Beweismittels zu haben, sondern in Fällen, in denen die Aufhebung des Vertrages von dem einen Teile verschuldet wird, zum Bekräftigungsmittel zu werden und dem Geber, wenn er der schuldige Teil ist, verloren zu gehen. Da der Käufer an der Ausübung der lex commissoria stets schuld ist, entspricht der Verlust des arrha für ihn nur den allgemeinen Rechtsregeln und hat nichts, wie der der Teilzahlungen, das Billigkeitsgefühl Verletzendes.

Die Hauptansprüche, die dem Käufer an sich aus der Vertragsauflösung zustehen würden, sind ihm mithin für den Fall der ausgeübten lex commissoria abzusprechen, woraus wieder hervorgeht, daß die lex commissoria des römischen Rechts rein den Interessen des Verkäufers dient.

Der Käufer hat nach Auflösung des Vertrages nur Anspruch auf Ersatz der in der Zwischenzeit auf die Kaufsache verwandten impensae necessariae, während ihm für impensae voluptuariae ein ius tollendi zuzubilligen ist, und

[33]) Ebenso im Resultat: Thinius S. 27ff.; Hasenkamp a. a. O. S. 48. A. M. Weber, Verkauf mit lex commissoria, Erl. Diss. S. 9; Heuser a. a. O. S. 40ff.

nach der oben erwähnten vielumstrittenen l. 4 § 1 D. h. t. kann er für den Fall des Verfalls der Teilzahlungen die Früchte der Zwischenzeit lukrieren. Da dies jedoch, wie seitens des Juristen ausdrücklich gesagt wird, nur eine Humanitätsvorschrift ist, so ist anzunehmen, daß dies Lukrieren nur in einem proportionalen Verhältnisse zum verfallenen Gegenwerte möglich sein kann. Denn sonst würde das humanum für den Käufer leicht zu einem erheblichen inhumanun für den Verkäufer werden können.[34])

Die der lex commissoria innewohnende Eigenschaft als Resolutivbedingung läßt auch für sie die Frage nach der sogen. dinglichen Kraft der Resolutivbedingung von großer Wichtigkeit erscheinen. M. a. W. heißt das: Hat für die lex commissoria zu gelten, daß, wenn die Parteien eine derartige Wirkung nicht ausdrücklich hinzugefügt, aber auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen haben, das unter ihr übertragene Eigentum ipso jure zurückfällt, oder entsteht nur eine diesbezügliche Restitutionsverbindlichkeit? Die hier berührte Frage ist eine der bestrittensten des römischen Rechts. Nur in aller Kürze sollen die Hauptvertreter der beiden einander gegenüberstehenden Ansichten im folgenden gehört, die einschlagenden Quellenstellen beleuchtet werden.

Die herrschende Ansicht, so vor allem v. Vangerow, Thibaut, Windscheid, v. Puchta, Wendt u. a. m. bejahen die dingliche Wirkung der in der lex commissoria enthaltenen Resolutivbedingung. Verneint wird sie vor allem von Rießer,[35]) dem sich Czyhlarz,[36]) Schulin, Bechmann, Engelmann[37]) angeschlossen haben.

Rießer deduziert folgendermaßen: „Ist einem Eigen-

---

[34]) vgl. Burkhard a. a. O. S. 327; Sintenis a. a. O. Anm. 31; a. M. Bechmann S. 526 Anm. 2.

[35]) In Lindes Zeitschrift Bd. 2 1829 S. 272 ff.

[36]) Lehre von den Resolutivbedingungen S. 38 ff.

[37]) Der Rückfall des Eigentums.

tum übertragenden Geschäfte eine Resolutivbedingung beigefügt, so heißt das: das Eigentum ist sofort auf den Promissar übergegangen, soll aber, wenn die Bedingung eintritt, zum Promittenden zurückkehren. Prinzip des römischen Rechts ist, daß Eigentum an einer Sache nicht durch bloßen Vertrag, sondern erst durch hinzukommende Tradition erworben werden kann. Nimmt man an, das unter einer Resolutivbedingung übertragene Eigentum falle ohne Retradition von selbst an den Promittenten zurück, so ist das offenbar eine Fiktion. Da diese Fiktion im Widerspruch zu dem oben genannten Prinzip steht, mithin schon deshalb nicht sehr wahrscheinlich ist, da ferner nicht ohne weiteres einzusehen ist, warum ein Nebenvertrag dadurch, daß er imstande sein soll, Eigentum zu übertragen, eine Wirkung haben soll, die allen anderen Verträgen abzusprechen ist, muß sie besonders streng aus dem Gesetze zu erweisen sein.

v. Vangerow entgegnet in seinen Pandekten (Bd. 1 § 96 S. 151 ff.):

„Wenn man auch notwendig zugeben muß, daß durch einen Vertrag allein Eigentum nicht erworben, also auch nicht zurückerworben werden kann, woraus namentlich hervorgeht, daß, wenn ich das Eigentum meiner Sache unbedingt und unbeschränkt auf einen anderen übertragen habe, die Rückerwerbung mir nur vermittelst besonderer Retradition möglich wird, so muß man doch auf der anderen Seite zugeben, daß durch einen Vertrag, welcher die Tradition begleitet, die Art und Weise, wie das Eigentum übergehen soll, näher bestimmt und namentlich beschränkt werden kann. Die justa causa ist ein wesentlicher Bestandteil der Eigentumsübertragung, und daraus geht hervor, daß das Eigentum auch nur so übergehen kann, wie es durch diese justa causa, also wenn dieselbe in einem Vertrage besteht, wie es durch diesen Vertrag bestimmt ist. Hiermit hängt dann notwendig zusammen,

daß auch der Dauer nach das Eigentum des Erwerbers durch die justa causa beschränkt werden kann, und daß also, wenn gleich bei der Übertragung bestimmt ist, er solle es nur eine gewisse Zeitlang haben, er es auch wirklich nur bis dahin haben kann, so daß es in dem bestimmten Momente wieder von ihm abfällt, und eine Retradition im juristischen Sinne nicht allein nicht nötig, sondern nicht einmal möglich ist, da man das, was man nicht hat, auch nicht auf einen anderen übertragen kann.“ „So konstruiert sich also das sogen. dominium revocabile im Falle einer Resolutivbedingung konsequent aus der Natur der Verhältnisse, und von einer Fiktion kann nicht die Rede sein.“

Den von den Gegnern zitierten Quellenstellen l. 4 pr. l. 5 D. 18, 3, l. 6 § 1 D. 18, 1, l. 4 § 4, l. 16 D. 18, 2, aus denen diese schließen wollen, sie sprächen gegen eine dingliche Wirkung, da in ihnen allen nur der obligatorischen, nicht der dinglichen Erwähnung getan wird, hält Vangerow entgegen, daß „eine vindicatio in der Hauptsache selbst in keiner dieser Stellen abgesprochen wird“. Sie können infolgedessen höchstens präsumierend, niemals beweisend wirken.

Anders ist dies bei der l. 3 C. 4, 54, die schon einmal oben, nämlich bei der Frage der Möglichkeit des Eigentumüberganges pendente condicione Erwähnung gefunden hat.

Da hier das kaiserliche Reskript klar und deutlich einem Verkäufer sub lege commissoria, außer wenn er nur prekaristischen Besitz übertragen hat, die Eigentumsklage versagt, so scheint die Stelle zunächst ganz die Rießersche Ansicht zu decken und wird deshalb auch von ihm und den anderen Gegnern der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung als Hauptbeweisstelle angeführt. Aber gibt die Stelle denn irgendwelchen Anhaltspunkt dafür, daß sie nur als Entscheidung eines solchen Falles zu verstehen ist, wo die Bedingung bereits existent geworden ist? Kann sie

nicht ebenso gut von der Zeit vor der Existenz der Bedingung sprechen?[37])

Dann erklärt sich ihre Entscheidung ganz einfach: Hat beim Verkauf mit lex commissoria der Verkäufer dem Käufer nicht bloß precario tradiert, so hat er pendente condicione keine rei vindicatio, sondern nur die actio ex vendito auf Zahlung des Kaufpreisrestes.[37a])

Aber auch wenn man die Stelle, wozu gar kein Grund vorliegt, nur als Entscheidung eines Falles in der Zeit nach der Existenz der Bedingung annehmen will, selbst dann spricht sie nicht unbedingt gegen die dingliche Wirkung der in der lex commissoria liegenden Resolutivbedingung. Der Tatbestand, der dem kaiserlichen Reskript vorgelegen hat, kann sehr gut auch derart gewesen sein, daß Eigentum unbedingt und unbeschränkt übertragen worden ist, und daß die Parteien für den Fall der Insolvenz auf des Käufers Seite Rückübertragung vereinbart haben. Dann würde einer von den Fällen vorliegen, die Rießer, wie Vangerow rügt, immer mit denen verwechselt und durch einander wirft, in denen Eigentum zwar pure, aber der Dauer nach beschränkt übertragen ist, also der Eigentumsübertragung selbst eine Resolutivbedingung hinzugefügt ist. Wenn man eine solche Lage der Rechtsverhältnisse als Grundlage der kaiserlichen Entscheidung annimmt, so erklärt sich der Abspruch der rei vindicatio für den Verkäufer ganz einfach aus dem dinglichen Rechtsgeschäfte, aber nicht daraus, daß der erfüllten lex commissoria die dingliche Kraft mangele. Als Beweis für diesen Mangel kann mithin die Stelle nicht gelten, dazu ist ihr Inhalt viel zu allgemein gehalten und viel zu viel Deutungen zulassend. Mit ihrer zweifellosen Beweiskraft fällt jedoch auch das Hauptbollwerk der Opposition gegen die dingliche

[37]) So Thibaut, Civilist Abh. S. 377; Puchta 4. Aufl. I S. 486.

[37a]) Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877, S. 102 ff.

Kraft der in der lex commissoria liegenden Resolutivbedingung. — Nun zu den Stellen, die diese klar und deutlich beweisen. Da sind vor allem zwei zu nennen: l. 8 D. 18, 3 und l. 4 C. 4, 54:

„Mulier fundos Gaio Saio vendidit et acceptis arrhae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae, quibus si non paruisset emtor, pactus est, ut arrham penderet et in emtae villae essent. Die statuto emtor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit defuisse autem venditricem, posteriore autem die nomini fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret quam fisco satisfaceret. Quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditoris. Respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emtorem", und „Commissoriae venditionis legem exercere non potest qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit."

Also, wenn die Rechtssätze der lex commissoria hätten angewandt werden können, wären die fundi in ea causa gewesen, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditionis, und im Falle der Nichtzahlung steht die vindicatio rei dem Verkäufer ganz selbstverständlich zu, fraglich ist nur, ob das auch dann noch der Fall ist, wenn er eine Klage auf Zahlung von Zinsen angestrengt hat!

Nur um die Beweiskraft dieser Stellen zu beseitigen, haben Schulin und Engelmann ihre Theorie aufgestellt, daß der Verkäufer mit lex commissoria pendente conditione notwendig Eigentümer der Kaufsache bleibt. Mit der obigen Widerlegung dieser Theorie fallen aber auch ihre Interpretationen der Stellen.

Czyhlarz [37b]) verficht die Meinung, daß das vindicari

[37b]) a. a. O. S. 54ff.

und vindicatio rei in beiden Stellen nicht im technischen Sinne gleichbedeutend mit Anstellung der rei vindicatio gebraucht sei. Bei l. 8 D. 18, 3 begründet er seine Auffassung damit, daß ja der Verkäuferin das Klagerecht auf Grund der lex commissoria abgesprochen würde und daß deshalb eine nähere Präzisierung dieses Klagrechts sich für den Juristen erübrigt hätte; in l. 4 C. 4, 54 baut er dieselbe Ansicht auf einen künstlich von ihm geschaffenen Widerspruch zwischen l. 3 und l. 4 C. 4, 54 auf, den er dadurch löst. Wahrscheinlich zu machen vermag er jedoch seine Interpretation, ganz abgesehen davon, daß er sich mit ihr in Widerspruch mit dem Sprachgebrauch der Quellen setzt, weder im ersten noch im zweiten Falle, da hier der schwere Vorwurf großer Oberflächlichkeit, der mit dieser Interpretation gegen einen so bedeutenden Juristen wie Scaevela erhoben wird, durchaus nicht genügend begründet erscheint, dort der gewähnte Widerspruch zwischen l. 3 und l. 4 C. 4, 54 durch Annahme eines Falles im Stadium der schwebenden Bedingung eine viel einfachere Lösung findet.

Gegensatz zum Sprachgebrauch der Quellen und Mangel an Wahrscheinlichkeit sprechen auch gegen die Interpretation der Stellen durch Treitsche,[37c]) der behauptet, vindicari und vindicatio seien für repetere und repetitio gebraucht. Rießer[37d]) und ebenso auch Engelmann und Schulin versuchen es, die Stellen in ihrem Sinne durch Annahme einer suspensiven lex commissoria zu interpretieren. Bechmann speziell die l. 4 C. 4, 54 dadurch, daß er die Ansicht verficht, l. 4 könne nur dann auf den dinglichen Rückfall bezogen werden, wenn Kreditierung vorläge, was aber weder ausgesprochen noch angedeutet sei. Da diese Interpretationen sich auf Behauptungen stützen, die in früheren Abschnitten der vorliegenden Arbeit widerlegt worden sind, so können sie auch selbst als widerlegt für uns gelten.

[37c]) a. a. O. S. 181 ff.

Mithin ist die Beweiskraft dieser Stellen für die dingliche Kraft der in der lex commissoria liegenden Resolutivbedingung im klassischen römischen Rechte unumstoßbar und diese selbst mit der herrschenden Meinung zu bejahen.

Daß diese Ausstattung eines obligatorischen Vertrages mit dinglicher Wirkung an sich befremdlich und ungewöhnlich ist, muß allerdings den Gegnern zugegeben werden. Das Befremdliche verliert sich aber, wenn man sich die wahrscheinliche historische Entwicklung vergegenwärtigt, namentlich auf Grund der Entwicklung der Rechtssätze über das Eigentum im römischen Rechte.

Ursprünglich war die lex commissoria als reiner obligatorischer Vertrag wohl sicher nur mit obligatorischer Wirkung ausgestattet. War Eigentum auf den Käufer übertragen worden, so konnte der Verkäufer nur mit der Kontraktsklage Rückübertragung des Eigentums verlangen. Der Schutz des Usukapionsbesitzes durch den Prätor gab hier ein einfaches Mittel, schneller zum Ziele zu kommen. War der Verkäufer nämlich quiritischer Eigentümer der Kaufsache, so konnte der, wie oben gezeigt, bei der lex commissoria stets notwendig fehlenden solutio oder satisfactio wegen Eigentum auf den Käufer überhaupt nicht übergehen (Inst. 2. 1, 41). Aber der Kauf war perfekt. Mit der Tradition der Kaufsache an den Käufer seitens des Verkäufers erlangte der Käufer mithin Usukapionsbesitz. Damit hatte er gegen Dritte die Publiciana, während ihn gegen die dem Verkäufer ipso jure zustehende vindicatio die exceptio rei vendita et traditae schützte.

Mit der Resolution des Kaufvertrags entfiel dieser Schutz. Die exceptio rei venditae et traditae des Käufers wurde nunmehr für die Geschworenen unwahr, und der Verkäufer konnte wiederum mit seiner rei vindicatio gegen den Käufer durchdringen.[37e])

[37e]) vgl. Erman, Beiträge zur Publiciana in der Zeitschrift der Savignystiftg. Bd. 13 S. 204 ff. 1892; vgl. ferner Czyhlarz a. a. O. S. 58 ff.

Wie aber, wenn der Verkäufer selbst nur bonitarischer Eigentümer der Kaufsache gewesen war und dieses übertragen hatte? Dann gestalten sich die Rechtsverhältnisse folgendermaßen: Mit der Resolution des Kaufvertrages fiel für den Käufer die justa causa, auf Grund deren er usukapieren konnte, weg. Mit der Untauglichkeit zur Usukapion entfiel aber auch die Grundlage des prätorischen Schutzes für sein bonitarisches Eigentum. Dieses selbst stürzte in sich zusammen. Da nun jedoch nicht angenommen werden konnte, daß die Kaufsache herrenlos sei, so lag es sehr nahe, analog dem obigen Falle zu fingieren, daß der Verkäufer quiritischer Eigentümer der Sache gewesen sei und ihm seine Publiciana als utilis zurückzugeben.

So findet denn der sogenannte ipso jure Rückfall des Eigentums bei der Erfüllung der in der lex commissoria liegenden Resolutivbedingung, oder anders ausgedrückt, deren sogenannte dingliche Kraft eine wohlverständliche Erklärung durch die Entwicklung der Publiciana und durch deren Vermittlung.

Nur ganz beiläufig mag hier erwähnt werden, daß eine solche Ausstattung eines obligatorischen Vertrages mit dinglicher Wirkung, wie wir es hier bei der lex commissoria sehen, im römischen Rechte durchaus nicht etwas ganz vereinzeltes ist. Dieselbe Eigenschaft ist z. B. auch noch zu finden bei dem fundus totalis und den Nebenverträgen beim Sklavenkauf.

Im Moment des Rücktritts fällt also das übertragene Eigentum vom Käufer ab und dem Verkäufer wieder zu. Zur Rückforderung der Kaufsache steht dem Verkäufer auch die rei vindicatio, war er selbst bonitarischer Eigentümer, als Publiciana zu Gebote. Mit ihr kann er die Kaufsache nicht nur dem Käufer, sondern auch Dritten abfordern, und zwar in dem Zustande, in dem er sie verkauft hat.

Ist die Kaufsache in der Zwischenzeit untergegangen oder verschlechtert worden, so haftet der Käufer dem Verkäufer für omnis culpa (l. 4 per D. 18, 3). Casus hat der Käufer im Falle des Rücktritts nicht mehr zu vertreten. Denn wie das commodum fällt auch das periculum für die Zwischenzeit durch den Rücktritt wieder dem Verkäufer zu. Gegen den ihm beim Rücktritt treffenden Nachteil der zufälligen Verschlechterung pflegte sich deshalb der Verkäufer, wie l. 4 § 3 D. h. t. besagt, durch eine Nebenabrede zu sichern, die den Verkäufer im Falle der Auflösung des Vertrags zum Ersatz der Differenz verpflichtete, die sich aus dem im Vertrag festgesetzten Kaufpreis und dem später von einem Dritten erzielten ergibt.

Faßt man das Resultat der römisch-rechtlichen Betrachtungen noch einmal zusammen, so ergibt sich:

Die lex commissoria enthält für den Hauptvertrag, dem sie beigefügt ist, eine Resolutivbedingung.

Ihre Ausübung bewirkt Auflösung des Kaufvertrags.

Im Zweifel gilt bei der Ausübung, daß das Eigentum an der übertragenen Kaufsache ipso jure an den Verkäufer zurückfällt, ihm mithin die rei vindicatio, wenn er quiritischer, die Publiciana, wenn er bonitarischer Eigentümer war, auch gegen Dritte zusteht. Aus dem pactum adiectum hat der Verkäufer die actio vendidi auf Herausgabe der Kaufsache, der Früchte und der Akzessionen. Die Teilzahlungen und die arrha sind ihm verfallen.

Der Käufer kann, insoweit er die Teilzahlungen und die arrha verliert, die Früchte lukrieren und hat Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen.

Zweiter Teil.

Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.

Während das gemeine Recht jeden der Nebenverträge, die ein Rücktrittsrecht begründen, so pactum displicentiae, in diem addictio, lex commissoria, für sich behandelte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch gesucht, das diesen Verträgen innewohnende vertragsmäßige Rücktrittsrecht zusammenzufassen und den Begriff des Rücktrittsrechtes scharf nach außen abzugrenzen.[38])

Wenn wir eine rechtliche Behandlung der Nebenabrede, daß der Verkäufer, falls der Käufer nicht rechtzeitig zahlt, den Kaufvertrag auflösen kann, im Bürgerlichen Gesetzbuch suchen, müssen wir uns dem Abschnitte desselben zuwenden, der „Rücktritt" überschrieben ist.

In den §§ 346 bis 356 behandelt hier das Bürgerliche Gesetzbuch das vertragsmäßige Rücktrittsrecht im allgemeinen, in den §§ 357 und 358 gibt es einige Spezialvorschriften für den Fall des Rücktritsvorbehaltes, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt, desgleichen in § 359 für den Rücktritt gegen Reugeld und in § 360 für den Vorbehalt des Rechtsverlustes für den Schuldner als unmittelbare Folge des Verzugs; in § 361 endlich gibt es ein gesetzliches Rücktrittsrecht für das Fixgeschäft.

---

[38]) vgl. Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. I § 65 S. 337 ff.

Wir sehen es sofort: Eine selbständige Regelung hat unser Nebenvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gefunden.

Rücktrittsvorbehalt, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt.

Das ist allerdings lex commissoria. Die beiden Bestimmungen aber, die das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 357 und 358 dafür enthält, betreffen nur einen ganz exzeptionellen Fall der lex commissoria und geben eine Prozeßvorschrift. Eine Regelung der lex commissoria als solcher stellen sie nicht dar. Diese muß man sich aus den allgemeinen und speziellen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches (346 — 360) ableiten.

Und so ist denn im einzelnen zu sagen:

Für das in unserem Vertrage vorbehaltene Rücktrittsrecht kommen als Dispositivvorschriften die §§ 346 — 356 zur Anwendung.

§ 357 regelt den Spezialfall unserer lex commissoria, daß der Schuldner mit einer Gegenforderung gegen den Gläubiger aufrechnen kann, und tritt der perfiden Ausübung des Rücktrittsrechtes durch den Gläubiger in diesem Falle entgegen.

§ 358 bestimmt über die Beweislast bei der lex commissoria, und

§ 360 endlich stellt die Vorschrift auf, daß die Rechtsverlustklausel für den Fall der Nichterfüllung nicht so ausgelegt werden soll, wie sie lautet, nämlich nicht als Abrede, die mit dem Schuldnerverzuge eine Resolutivbedingung für den Hauptvertrag statuiert, sondern als Rücktrittsvorbehalt des Gläubigers für den Fall der Nichterfüllung, mithin als lex commissoria im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Für die deutschrechtliche Betrachtung, die deutsche Übersetzung des römischen Namens unseres Nebenvertrages:

„Verwirkungsklausel" zu gebrauchen, würde unsachgemäß sein und leicht zu Verwechslungen Anlaß geben. „Rücktrittsvorbehalt für den Fall der Nichterfüllung" dürfte ein sprachlich zu langer Ausdruck sein. Der Einfachheit halber soll für unsere Nebenabrede, daß der Verkäufer, wenn der Käufer nicht zahlt, den Kaufvertrag auflösen kann, der römische Name: „lex commissoria" beibehalten werden. Als fremdsprachlicher Ausdruck trägt er den Widerspruch zwischen dem, was er sagt, und dem, was er bezeichnen soll, nicht so zur Schau, wie die deutsche Übersetzung. In seiner prägnanten Kürze aber ist er eine äußerst angenehme Bezeichnungsart.

Gehen wir ebenso wie im gemeinrechtlichen Teile vor und betrachten wir zunächst die juristische Natur der modernen lex commissoria, so finden wir, daß der Vorbehalt des Rücktritts für den Fall der Nichterfüllung seinem Wesen nach natürlich immer noch die Festsetzung einer Resolutivbedingung ist, denn es wird vereinbart, daß das Schuldverhältnis, wenn das Rücktrittsrecht erfolgt, aufgelöst sein solle.[39]) Während aber das römische Recht das Rücktrittsrecht im Zweifel ganz als Resolutivbedingung behandelte und es, ausgeübt, als erfüllte Resolutivbedingung wirken ließ, hat das Bürgerliche Gesetzbuch erkannt, daß das Rücktrittsrecht wohl wie eine Resolutivbedingung wirken kann, aber keine solche ist, sondern einen Rechtsbegriff für sich darstellt. Deshalb hat das Bürgerliche Gesetzbuch auch das Rücktrittsrecht besonders geregelt und ihm im Zweifel nicht die Wirkungen einer Resolutivbedingung, sondern die in den §§ 346—356 festgesetzten Wirkungen beigelegt.

In dem Vorbehalt des Rücktrittsrechts für den Fall der Nichterfüllung liegt dagegen nach wie vor eine Suspensivbedingung. Die lex commissoria ist mithin ihrer

---

[39]) vgl. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht § 157.

juristischen Natur nach im modernen Rechte als suspensiv bedingter Rücktrittsvertrag anzusehen.

Der Hauptvertrag, dem der suspensiv bedingte Rücktrittsvertrag hinzugefügt wird, ist mit dem Abschlusse perfekt. Die Rechtsverhältnisse unter den Parteien sind zunächst so, wie wenn keine Nebenabrede dem Kaufvertrage beigefügt wäre.

Den Satz: periculum est emptoris kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Ist nichts diesbezügliches von den Parteien ausdrücklich vereinbart, geht nach § 446 die Gefahr erst mit der Übergabe der Kaufsache auf den Käufer über. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob Eigentumsübergang beim Kaufvertrag mit lex commissoria möglich ist oder nicht, ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenstandslos geworden, denn das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt, daß Eigentum nicht erst mit Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises, sondern mit der Übergabe der beweglichen, der Auflassung der unbeweglichen Sache, auf den Käufer übergeht.

Die Suspensivbedingung, auf die der Rücktritt gestellt ist, lautete römisch- und gemeinrechtlich stets: „Wenn der Käufer nicht zahlt".

Die §§ 357 und 358, die ja, wie wir oben gesehen haben, Spezialfälle der lex commissoria regeln, ebenso § 360, der die lex commissoria ebenfalls erwähnt, fassen diese Bedingung allgemeiner. Sie sprechen von einem Vorbehalt des Rücktritts, „wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt".

Im modernen Rechte kann der Rücktritt also außer von der nichtrechtzeitigen Zahlung von der Versäumung auch noch anderer im Vertrage dem Käufer aufgebürdeter Pflichten abhängig gemacht werden. Als praktische Beispiele solcher Pflichten mögen hier besonders geregelte Erhaltungspflicht, Anzeigepflicht bei Wohnungsveränder-

ungen, die Pflicht, dem Verkäufer jederzeit zur Besichtigung der Kaufsache den Eintritt in die Wohnung zu gestatten, genannt werden. Insofern ist also der Begriff der lex commissoria im modernen Rechte gegenüber dem alten ein erweiterter.

Was nun besonders die Zahlungspflicht des Käufers betrifft, so ist von einer stets notwendigen Befristung derselben auch im Bürgerlichen Gesetzbuch nichts Ausdrückliches erwähnt. Das allgemeine: „Wenn der Schuldner seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt" gibt auf die Frage: „Bedarf es stets einer Festsetzung?" keine Auskunft. Für diese Frage kommen mithin auch für das moderne Recht die dem Begriffe und Zwecke der lex commissoria abgeleiteten Ausführungen im gemeinrechtlichen Teile in Betracht. Dies umsomehr, als das Bürgerliche Gesetzbuch in § 271 den gemeinrechtlichen Satz: quod sine die debetur, statim debetur bestätigt hat. Es muß also ebenso nach neuem, wie nach altem Rechte für einen Kaufvertrag mit lex commissoria gelten, daß er ohne Festsetzung eines Zahlungstermines praktisch unzweckmäßig, logisch undenkbar ist, und daß ein Vertrag, der lex commissoria sein soll, eine Fristsetzung für die Zahlung aber nicht enthält, dahin interpretiert werden muß, daß die Parteien eine angemessene Frist als vereinbart angenommen haben wollen, die im Streitfalle über den Begriff der Angemessenheit vom Richter fest zu bestimmen ist.

Hierdurch entscheidet sich auch für das moderne Recht die Frage, ob zur Entstehung des Rücktrittsrechts eine besondere Mahnung des Schuldners von nöten ist. Das notwendige Erfordernis einer Zahlungsfrist macht die Mahnung für alle Fälle der lex commissoria überflüssig; denn § 284 Abs. 2 besagt: „Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet." Das Bürgerliche Gesetzbuch stimmt also mit

dem gemeinen Rechte überein: Der Verzug des Schuldners ist ein objektiver.

Eine weitere Übereinstimmung zwischen Bürgerlichem Gesetzbuch und gemeinem Rechte herrscht darin, daß Zahlungsbereitschaft des Käufers mangels besonderer derartiger Vereinbarung nicht genügt. Nach § 270 Abs. 1 hat der Schuldner Geld, um nicht in Verzug zu kommen, anzubieten. Da der Kaufpreis stets eine Geldsumme ist, muß der Käufer gehörig anbieten.

Endlich ergibt die allgemeine Fassung der Bedingung der lex commissoria im Bürgerlichen Gesetzbuch: „Wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt", da irgend welche Beschränkung nicht hinzugefügt ist, daß zum Verzuge des Schuldners ein Verschulden im Bürgerlichen Gesetzbuch ebensowenig wie nach gemeinem Rechte gefordert wird.[40])

Dies die Rechtsverhältnisse bis zur Geltendmachung der lex commissoria.

Nun zur Geltendmachung selbst!

Im Momente des Ablaufs der Zahlungsfrist, ohne daß Zahlung beim Verkäufer eingelaufen ist, oder im Momente der Versäumung einer außerdem dem Käufer im Kaufvertrage auferlegten Frist, resp. der Zuwiderhandlung gegen eine solche, entsteht das Wahlrecht des Verkäufers zwischen Bestehenlassen des Vertrags oder Rücktritt, das in seinem Rücktrittsrechte enthalten ist.

Die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob der Verkäufer bei der Ausübung des Wahlrechts an eine Frist gebunden sein soll, oder ob ihn gar der Ablauf der Zahlungsfrist verpflichtet, sein Wahlrecht unverzüglich auszuüben, entscheidet § 355 des B.G.B.

---

[40]) Dieser Ansicht auch: Cosack, Lehrbuch des B.G.B. (1900) § 112 S. 371; a. M. Planck, Kommentar z. B.G.B. II § 360 S. 136.

Nach § 355 vermutet das Bürgerliche Gesetzbuch an sich eine Fristsetzung der Parteien für die Ausübung des Rücktrittsrechtes, in den Fällen aber, in denen eine solche fehlt, verleiht das Bürgerliche Gesetzbuch dem Käufer das Recht, dem Verkäufer noch nachträglich eine Frist zu setzen, deren Ablauf kraft Gesetz ein Erlöschen des verkäuferischen Rücktrittsrechtes bewirkt. Indem das Bürgerliche Gesetzbuch die Forderung der unverzüglichen Ausübung des verkäuferischen Wahlrechts verwirft, entspricht es der von uns oben vertretenen gemeinrechtlichen Ansicht.

Der Zahlungsfrist schließt sich die vereinbarte oder durch den vom Zustande der Ungewißheit betroffenen Käufer festgesetzte Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechtes an. § 355 schützt den Käufer gegen die Schikane und unsaubere Spekulation des Verkäufers und ist praktischer wie das gemeinrechtliche nochmalige Anbieten, da es für den Käufer auch dann eine klare Lage schafft, wenn er zum Anbieten nicht imstande ist. Die vom gemeinen Rechte erstrebte Festsetzung einer bestimmten einheitlichen Frist hat das Bürgerliche Gesetzbuch mithin abgelehnt.[41])

Ausgeübt wird das Wahlrecht des Verkäufers, die lex commissoria wird mithin wirksam, durch Erklärung. § 349 bestimmt: „Das Rücktrittsrecht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teile.“ Diese ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die sich nach B.G.B. §§ 130 ff. regelt.[42]) Für ihr Wirksamwerden ist mit-

[41]) Heuser will in seiner Schrift S. 21 den § 355 nur auf das pactum displicentiae angewandt wissen. Dem stehen aber die Motive zu § 432 (§ 355) entgegen, in denen es heißt: Das Interesse des andern Kontrahenten erfordert, daß sich binnen angemessener Frist entscheidet, ob der Gläubiger von seinem Rücktritt Gebrauch macht oder nicht, ohne Unterschied der Umstände, für welche das Rücktrittsrecht vereinbart ist, oder der Bedingung, von welcher es abhängt, also nicht etwa bloß für das einfache pactum displicentiae.

[42]) vgl. Crome, System d. B.G.B. (1902).

hin der Moment des Zugangs der entscheidende. Daß es keiner Annahme der Rücktrittserklärung seitens des Käufers bedarf, besagen die Motive[43]) zum Bürgerlichen Gesetzbuche mit den Worten: „Die Rücktrittserklärung ist ein einseitiges in seiner Wirkung von der Annahme des Schuldners unabhängiges Rechtsgeschäft."

Die Motive ergeben auch die Übereinstimmung zwischen Bürgerlichem Gesetzbuch und gemeinem Recht in bezug auf die Verwerfung eines verkäuferischen Variationsrechts. Auf derselben Seite heißt es: „Einmal abgegeben, ist die Erklärung des Rücktritts unwiderruflich im Interesse des andern Teiles, welcher sich auf die Rücktrittserklärung muß verlassen können." Ursprünglich, nämlich im I. Entwurf § 426 Abs. 2, befand sich im Bürgerlichen Gesetzbuche eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhalts. Die zweite Kommission hat sie aber als überflüssig gestrichen, weil es sich von selbst verstehe, daß die durch die Erklärung einmal eingetretene Rechtswirkung durch einseitigen Widerruf nicht wieder rückgängig gemacht werden könne.[44]) Die einmal abgegebene Erklärung ist mithin für den Verkäufer bindend.[45])

Nun zu den Wirkungen der lex commissoria! Im wesentlichen bestimmen sich die Wirkungen der lex commissoria nach denen des in ihr liegenden Rücktrittsrechtes.

Das Prinzip der Vertragsfreiheit herrscht im Bürgerlichen Gesetzbuche. Vor allem ist es also auch im modernen Rechte Sache der Parteien, die Wirkungen der lex commissoria so im Vertrage festzulegen, wie sie sie haben wollen.

---

[43]) Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich Bd. 2 S. 280.

[44]) vgl. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. § 355.

[45]) So auch Thinius S. 18; Heuser S. 21 ff.; Schmidt, Verwirkungsklausel u. Vertragsstrafe beim Abzahlungsgeschäfte, Rostocker Diss., S. 50 ff.

Da die Parteien dies aber häufig versäumen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch ebenso wie das gemeine Recht für die Wirkungen der ausgeübten lex commissoria eine Reihe Dispositivvorschriften aufstellen müssen.

Hier zeigt sich nun ein gewaltiger Unterschied zwischen altem und neuem Rechte! Während das gemeine Recht die lex commissoria im Zweifel als eine dem Hauptvertrage hinzugefügte Resolutivbedingung ansah und sie die konsequenten Wirkungen einer solchen ausüben ließ, legt das Bürgerliche Gesetzbuch dem vertragsmäßigen Rücktrittsrechte nicht die Wirkungen des § 158 II bei, sondern normiert diese in den §§ 346 ff. selbständig.

§ 343 bestimmt: „Wenn der Rücktritt erfolgt, sind die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren." Beim erklärten Rücktritte treten also keine dinglichen Wirkungen mehr, wie nach altem Rechte, sondern nur obligatorische Wirkungen unter den Parteien ein.

Diese obligatorischen Wirkungen stellen sich nach Planck[46]) und Staudinger[47]) des näheren wie folgt dar:

Das bisherige Schuldverhältnis erlischt ipso jure.

Jedoch nur das Schuldverhältnis, nicht die auf Grund desselben vorgenommenen Leistungsgeschäfte. Diese bleiben bestehen, verlieren aber infolge des Erlöschens des Schuldverhältnisses die causa, auf Grund deren sie erfolgt sind. Es entsteht ein neues Schuldverhältnis zwischen den Vertragschließenden des Inhalts, daß diese verpflichtet sind, die auf Grund des alten Schuldverhältnisses empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren. Dies geschieht jedoch nicht nach den Gesetzen der ungerechtfertigten Bereicherung, sondern nach den Bestimmungen der §§ 346 ff.

---

[46]) Planck a. a. O. II S. 127.

[47]) Staudinger, Kommentar z. B.G.B. II S. 96.

Dernburg[48]) folgert daraus, daß § 347 die Zurückforderung nach Kondiktionsgrundsätzen ablehnt, daß das obligatorische Schuldverhältnis nicht als aufgehoben zu denken ist, sondern daß vielmehr aus dem Rücktritte den aus dem obligatorischen Geschäfte erwachsenen Verpflichtungen neue, diese entkräftende Verpflichtungen erwachsen, daß mithin die aus dem Vertrage entsprungenen Verpflichtungen nur durch Einrede entkräftet, nicht von Rechtswegen aufgehoben werden. Er stellt sich auf den Standpunkt des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, dessen § 427 den Rücktritt nur eine civilrechtliche Einrede gewähren ließ.

Diese Verschiedenheit der juristischen Konstruktion des Rücktrittsrechts ist jedoch nur theoretisch von Interesse. Praktisch hat sie, wie auch Dernburg ausdrücklich ausspricht, gar keine Bedeutung, denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat ja die Wirkungen, die das Rücktrittsrecht ausüben soll, in den der Hauptbestimmung des § 346 folgenden Ausführungsbestimmungen §§ 346 II ff. ausführlich festgesetzt.

Es ist das Prinzip des Gesetzes, beim Rücktritt beide Parteien einander zu verpflichten, denjenigen Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. So sagen denn auch die Motive zu § 427 (346):

„Die Wirkung des vollzogenen Rücktrittsrechtes besteht darin, daß durch den Rücktritt die Vertragschließenden untereinander so berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre."

Für unseren Verkauf mit lex commissoria lassen sich den Vorschriften über die Wirkungen des vertragsmäßigen

---

[48]) Dernburg, Das bürgerliche Recht für das Deutsche Reich und Preußen II § 107 S. 239.

Rücktrittsrechtes als Wirkungen der ausgeübten lex commissoria im einzelnen folgende ableiten:

Dem Verkäufer steht gegen den Käufer ein obligatorischer Anspruch auf Rückgewähr der Kaufsache zu.

Was den Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Rückgewähr der geleisteten Zahlungen betrifft, so ist eine Dispositivvorschrift wie im gemeinen Rechte, die mangels einer gegenteiligen Vereinbarung stets Verwirkung der Rechte des Käufers als Folge der ausgeübten lex commissoria annimmt, im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zu finden. Sie würde auch dem oben erwähnten Prinzipe des Bürgerlichen Gesetzbuchs widerstreiten. Das Bürgerliche Gesetzbuch billigt mithin dem Käufer den Anspruch auf Rückgewähr der geleisteten Teilzahlungen mangels entgegengesetzter Parteivereinbarung durch § 346 zu. Auch Rückgabe einer etwa gegebenen arrha kann der Käufer verlangen. Denn nach den §§ 336, 338 des B.G.B. hat die arrha im Zweifel keinen Pönalcharakter und ist, wenn der Empfänger Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, im Zweifel anzurechnen oder zurückzugeben. Einer Schadenersatzforderung dürfte aber Geltendmachung einer lex commissoria gleichzuachten sein.[49])

Der Verkäufer hat gegen einen dritten Erwerber der Kaufsache, da nur obligatorische Verpflichtungen der Parteien unter sich bestehen, selbst wenn derselbe die Kaufsache in Kenntnis des Rücktrittsrechtes erworben hat, keinerlei Anspruch, denn das Rücktrittsrecht belastet nicht den Gegenstand, sondern bindet nur den Käufer.

Falls sich die Parteien auf Grund des Kaufvertrags Dienste geleistet, oder einander Sachen zur Benutzung überlassen haben, mithin Verpflichtungen aus dem Vertrage erfüllt haben, die nicht in Natur zu restituieren sind,

---

[49]) vgl. Thinins S. 25.

müssen sie sich nach § 346 II in einer entsprechenden Weise mit Geld entschädigen.

In ihren rechtlichen Beziehungen zueinander sollen Verkäufer und Käufer im Falle des Rücktritts vom Empfange der Leistung an wie Eigentümer und Sachbesitzer vom Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an behandelt werden (§ 347). Mithin hat der Käufer dem Verkäufer alle vom Empfange der Leistung an gezogenen Nutzungen herauszugeben, für schuldhaft nicht gezogene Ersatz zu leisten (§ 987). Der Käufer haftet dem Verkäufer für jedes Verschulden, durch das eine Verschlechterung oder der Untergang der Kaufsache eingetreten ist (§ 989). Verschlechterung oder Untergang durch Zufall hat er dagegen nicht zu vertreten. Der Verkäufer andererseits hat dem Käufer die notwendigen Verwendungen zu ersetzen (§ 994) und ihm die empfangenen Teilzahlungen mit Zinsen vom Empfangstage an zu restituieren (§ 347). Auch das dem Käufer im gemeinen Rechte gewährte ius tollendi für impensae voluptuariae ist ihm nach B.G.B. § 997 zuzubilligen. Die Rückgewähr der gegenseitigen Leistungen hat Zug um Zug zu geschehen (§ 348).

Den Bestimmungen über die Wirkungen der ausgeübten lex commissoria möge sogleich noch eine Betrachtung der Sonderbestimmungen der §§ 357, 358 und 360 folgen.

§ 357 bestimmt, daß in Fällen, in denen der Verkäufer selbst Schuldner des Käufers geworden ist, letzterer mithin Aufrechnung erklären kann, der Verkäufer nicht in perfider Weise, wie es ihm der Buchstabe des Gesetzes erlauben würde, sein Rücktrittsrecht ausüben können soll, falls die ausdrückliche Aufrechnungserklärung vom Käufer in der Zahlungsfrist versäumt wird. In diesem Falle soll die unverzügliche Nachholung der Erklärung die Säumnis heilen, die Rücktrittserklärung des Verkäufers ungültig machen.

§ 358 legt dem die Zulässigkeit des Rücktritts wegen Erfüllung bestreitenden Käufer den Beweis dieser Erfüllung auf und entscheidet damit eine Streitfrage des römischen Rechts im Sinne der gemeinrechtlichen Praxis in allein dem Zwecke der lex commissoria gerecht werdender Weise.[50])

Und nun endlich noch § 360. Wie schon eingangs des zweiten Teiles der Betrachtungen erwähnt, handelt der § 360 nicht von unserem mit lex commissoria bezeichneten Nebenvertrage: Rücktrittsvorbehalt für den Fall der Nichterfüllung. Er regelt vielmehr den Nebenvertrag, daß der Verzug des Schuldners unmittelbar den Verlust aller seiner Rechte aus dem Vertrage zur Folge haben soll. Der Wortlaut des § 360 ist: „Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalt geschlossen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger bei dem Eintritte dieses Falls zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt."

Diese Rechtsverlustklausel, die kein Rücktrittsrecht des Gläubigers enthält, sondern eine reine Resolutivbedingung des Hauptvertrages ist, dem man sie beigefügt hat, deshalb ihrer eigentlichen Natur nach ipso iure wirken und auch gegen den Willen des Verkäufers eintreten muß, soll nicht als das aufgefaßt werden, was sie, wörtlich genommen, ist, sondern als vorbehaltenes Rücktrittsrecht. Für den Fall, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, sollen, auch wenn Rechtsverlustklausel vorliegt, nicht die Wirkung der Resolutivbedingung, sondern die des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes nach §§ 346 ff. eintreten. Kraft Gesetzes soll also, auch wenn Rechtsverlustklausel vereinbart ist, doch immer lex commissoria in unserem Sinne als vereinbart angenommen werden.

[50]) vgl. Hasenkamp; ferner Seufferts Archiv Bd. 6 S. 66 und Bd. 12 S. 143.

Seltsam mutet zunächst diese Bestimmung, die an Stelle einer klaren Vertragsabrede einfach eine andere setzt, an. Es läßt sich aber bald nicht verkennen, daß Billigkeitsgefühl und praktischer Blick zu ihr geführt haben. Billigkeitsgefühl verbunden mit Fürsorge für das Volkswohl machten mit der Bestimmung des § 360 einen Versuch, die den Schuldner so äußerst hart treffende Rechtsverlustklausel in vielen Fällen abzuschwächen und zu mildern. Ein Blick ins praktische Leben aber zeigt, daß meist der Schuldner nicht imstande ist, zwischen vorbehaltenem Vertragsauflösungsrecht des Gläubigers und Rechtsverlustklausel zu unterscheiden, daß er sich deshalb in vielen Fällen, obwohl er nur ersteres will, auf letztere einläßt. Mit dem § 360 will der Gesetzgeber eine Übervorteilung und Übertölpelung des Schuldners, wie sie oft vom Gläubiger mit der Rechtsverlustklausel erreicht wurde, verhindern.

Doch bedeutet der § 360 nicht etwa zwingendes Recht, stellt also nicht etwa, wie manche[51]) behaupten, ein gesetzliches Verbot der Rechtsverlustklausel dar. Daß das nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, bezeugen deutlich die Motive,[52]) mit den Worten: „Diese Behandlung — nämlich der Rechtsverlustklausel nicht im Sinne einer Resolutivbedingung, sondern eines vorbehaltenen Rücktrittsrechtes — entspricht, wofern nicht aus dem Vertrage eine andere Absicht der Kontrahenten erhellt, deren Intentionen und Interessen.

Noch klarer und deutlicher ergibt sich die Absicht des Bürgerlichen Gesetzbuches mit der Bestimmung des § 360, nur dispositives Recht schaffen zu wollen, aus dem Kommissionsbericht zur zweiten Lesung im Reichstage. Dieser besagt nämlich: „Es war zu dem § 340 (346 B.G.B.) der Zusatz beantragt worden:

[51]) vgl. Thinius a. a. O. S. 24 ff.
[52]) a. a. O. S. 281.

Diese Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen Leistung kann durch Vertrag im voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden.

Der Antrag wurde damit begründet, daß, wie die Verfallsklausel bei den Abzahlungsgeschäften beweise, der vertragsmäßige Ausschluß der Rückgewährung der empfangenen Leistung im Falle des Rücktritts nicht selten die schwerste Unbilligkeit enthalte. „Allein", fährt der Bericht fort, „von anderer Seite wurde dem Antrage entschieden widersprochen. Wo ein besonderes Bedürfnis, die Vertragsfreiheit zu beschränken, sich herausgestellt habe, wie namentlich bei den Abzahlungsgeschäften, sei durch eine Sonderbestimmung zu helfen. Zu einer allgemeinen Beschränkung der Vertragsfreiheit nach dieser Richtung liege dagegen kein Grund vor, da Übelstände bisher nicht hervorgetreten seien."

Ausschluß der Rückgewähr der empfangenen Leistungen ist praktisch die Rechtsverlustklausel. Lehnt der Gesetzgeber es ab, sie als Zusatz zum Rücktrittsrechte zu verbieten unter der Begründung, dies sei eine zu große Beschränkung der Vertragsfreiheit, wird es ihm in § 360 noch ferner liegen, sie überhaupt ganz zu verbieten.

Die Bestimmung des § 360 ist somit als Auslegungsregel zu betrachten, die stets dann Platz greift, wenn sie von den Parteien nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

Betrachtet man das Resultat der für die lex commissoria einschlägigen Bestimmungen des gemeinen Rechts und des Bürgerlichen Gesetzbuches vergleichend, so ergibt sich, daß dieselben bis zur Ausübung der lex commissoria und was die Ausübung selbst betrifft, im wesentlichen gleich sind.

Der Kaufvertrag ist perfekt. Der Eigentumsübertragung steht nichts im Wege. Fristvereinbarung für die

Zahlung ist erforderlich. Mit dem Ablauf der Frist ohne erfolgte Zahlung entsteht das verkäuferische Wahlrecht zwischen Rücktritt und Bestehenlassen. Mahnung wird nicht zum Verzug erfordert, ebensowenig Verschulden. Das Wahlrecht wird durch Erklärung ausgeübt.

Nur in bezug auf die im Bürgerlichen Gesetzbuch mit dem Ausdrucke: „Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit" weiter gefaßte Bedingung in bezug auf die Gefahr, die nach gemeinem Rechte mit Vertragsabschluß, nach Bürgerlichem Gesetzbuch erst mit der Übergabe auf den Käufer übergeht, und schließlich in bezug auf die im B.G.B. § 355 neu auftauchende Rücktrittsrechts-Ausübungsfrist zeigen sich kleine Unterschiede beider Rechte.

Eine grundsätzliche Verschiedenheit des alten und neuen Rechts tritt dagegen bei der Normierung der Wirkungen der lex commissoria hervor. Dort Resolutivbedingung mit dinglicher Wirkung — hier Rücktrittsrecht mit nur obligatorischer Wirkung unter den Parteien. Dort Rechtsverwirkung für den Käufer, hier Verpflichtung zu voller gegenseitiger Rückgewähr.

Da jedoch die Fernhaltung der Konsequenzen der Resolutivbedingung, abgesehen von den juristischen Gründen, die für eine selbständige Normierung des Rücktrittsbegriffes sprechen, auch der Rücksicht auf die Verkehrssicherheit entspricht, da diese selbständige Regelung nicht nur in den meisten Fällen mehr wie die Bestimmungen des gemeinen Rechts den Absichten beider Parteien gerecht wird, sondern auch durch das Grundbuchsystem des Bürgerlichen Gesetzbuches und durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbers von Mobilien geradezu geboten war, und da schließlich gegenseitige Rückgewährpflicht für den Fall des Rücktritts einzig und allein dem Billigkeitsgefühl entspricht, ist ein Fortschritt des modernen Rechts gegenüber dem alten nicht zu leugnen.

Dritter Teil.

Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894.

Im ersten, dem gemeinrechtlichen Teile, sind die allgemeinen rechtlichen, die lex commissoria betreffenden Bestimmungen der Vergangenheit, im zweiten vom Bürgerlichen Gesetzbuch handelnden Teile die der Gegenwart und Zukunft betrachtet worden. Das moderne Recht hat sich jedoch mit unserem Rechtsinstitute auch noch in einem Spezialfall beschäftigen und hier eine Sonderregelung eintreten lassen müssen: Beim Verkauf auf Abzahlung durch das Gesetz vom 16. V. 1894.

Die chronologische Reihenfolge der Gesetze hätte wohl erfordert, die Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 16. V. 1894 betreffs der lex commissoria beim Verkauf auf Abzahlung denen des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorangehend zu betrachten. Da jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch allgemeines, das Abzahlungsgesetz nur spezielles Recht schafft, da ferner die Bestimmungen des letzteren sich an die nunmehr zum Gesetz gewordenen, dem Texte des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechenden Bestimmungen des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch anlehnen, ja diesen direkt nachgebildet sind, empfahl es sich, die Betrachtung des Reichsgesetzes bezüglich unserer lex commissoria der des Bürgerlichen Gesetzbuchs nachfolgen zu folgen.

Abzahlungsgeschäft — ein dem alten Rechte völlig unbekannter Begriff, der sich erst in der modernen Zeit entwickelt hat und nur aus dieser Entwicklung heraus zu verstehen ist. Eine kurze Übersicht über die Entstehung und Entwicklungsgeschichte dieses modernen Rechtsinstitutes ist deshalb auch für unsere Betrachtung unerläßlich.

Der vermögenslose, sogenannte kleine Mann, der gezwungen ist, von der Hand in den Mund zu leben, hat oft das Bedürfnis, den Besitz eines Gegenstandes zu erwerben, ohne augenblicklich die Mittel dazu zu haben. Mag ihm nun gerade am sofortigen Besitze besonders viel liegen, oder mag er sich zu einem längeren Sparen ohne festen äußeren Zwang für nicht willensstark genug halten, kurz, häufig will er einen Gegenstand auf Kredit erhalten und den Kaufpreis allmählich in kleinen, regelmäßigen, vom Lohne ohne Beschwerden zu entbehrenden Ratenzahlungen tilgen. Der Geschäftsmann mußte, wollte er sich die große Masse der kleinen Leute als Kunden erhalten und nicht der Konkurrenz in die Arme treiben, auf diese Verkaufs- und Zahlungsart eingehen.

Da wo kleine Verhältnisse herrschen, wo einer den anderen, seine Verdienst- und Vermögensverhältnisse genau kennt, auf dem Lande oder in den kleinen Städten, hatte das Kreditieren für ihn auch wenig Gefahr. Die „faulen“ Kunden waren hier bekannt und leicht von der großen Anzahl der armen, aber arbeitssamen und tüchtigen Leute zu sondern. Da schufen die großen Erfindungen um die Mitte des vorigen Jahrhunderts mit dem großartigen Aufschwung, den durch sie Handel und Industrie erfuhren, neue, besondere und veränderte Verhältnisse. Ein gewaltiges Wachstum der Städte trat ein, und mehr und mehr sammelten sich in den großen Zentren für Handel und Industrie ungeheure Menschenmassen an. In diesen großen Verhältnissen mußte die Kenntnis des einen vom anderen

schwinden. Damit schwand aber auch der Personalkredit. Das Bedürfnis der kleinen Leute nach Erwerb auf Kredit schwand auf der anderen Seite jedoch nicht. Im Gegenteil, durch die in die kleinsten Erwerbsbetriebe größere Produktionsfähigkeit und schnellere, oft auch feinere Arbeit hineintragende Maschinentechnik war dies namentlich in bezug auf Maschinen aller Art, die nunmehr vielfach das Handwerkszeug ersetzen mußten, noch gestiegen. Dazu kam, daß durch die soziale Entwicklung, sowie durch verallgemeinerte und verbesserte Schulbildung die Ansprüche der unteren Bevölkerungsklassen an das Leben erheblich gewachsen waren. Kurz, des Kreditkaufs konnte der kleine Mann auch in der Großstadt weniger denn je entbehren. Da mußte denn der Händler hier nach Mitteln suchen, die ihm gestatteten, zwar Kredit zu geben, ihn auf der anderen Seite aber auch wieder vor Verlusten schützten.

Die Mobiliarhypothek, die diese Funktion im alten Rom ausgeübt hatte, war wegen ihrer Gefahr für die Verkehrssicherheit in den meisten Partikularrechten verboten. Es blieben dem Verkäufer zur Erreichung seines Zweckes nur die Nebenabreden beim Kauf und hier natürlich vor allem das Surrogat der Mobiliarhypothek, das pactum reservati dominii und die dem Verkäufer, wenn der Käufer unsicher wird, sofort die geschäftliche Disposition über seine Sache zurückverschaffende und ihn vom Vertrage los und ledig machende lex commissoria.

Aus diesen Nebenabreden im Verein mit Kreditierung, Ratenzahlung und Sachübergabe hat sich der Begriff des Abzahlungsgeschäfts entwickelt, der die verschiedensten Arten von Kauf- oder Kaufzweck verfolgenden Verträgen in sich enthält, denen allen nur die eben erwähnten Eigenschaften zu eigen sind: Kreditierung, Ratenzahlung, Sachübergabe und Nebenabreden zur Sicherung des Verkäufers.

Die Entwicklung des Abzahlungsgeschäfts ergibt schon, daß der Begriff Abzahlungsgeschäft ein rein praktischer

und kein juristischer ist. Eine juristische Definition für ihn kann man auch bei der Mannigfaltigkeit der Vertragsarten, die er in sich schließt und umfaßt, nicht geben.

Für unsere Betrachtung sind nur die Abzahlungsgeschäfte von Interesse, die die lex commissoria enthalten. Sie mögen hiermit aus der Masse der anderen ausgeschieden werden, und da finden wir sogleich, daß sich auch unter ihnen wieder zwei Arten unterscheiden lassen:

I. Der Ratenkauf mit Sachübergabe lex commissoria und meistens auch mit Eigentumsvorbehalt.

II. Der sogenannte Möbelleih- oder Mietvertrag.

Während der erstere in seiner Begriffsbestimmung sein Wesen offen zur Schau trägt, ist die juristische Konstruktion des zweiten eine schwierige und bestrittene. Was soll denn überhaupt ein Mietvertrag in dieser Betrachtung über den Verkauf? Unwillkürlich muß diese Frage auftreten! Auch hier kann nur die Entwicklungsgeschichte Antwort geben:

In vielen Partikularrechten, so im Königr. Sachsen, Württemberg, Weimar, Oldenburg, Braunschweig, Anhalt, Bremen, war dem Eigentumsvorbehalt die dingliche Wirkung entzogen. Auch im Gebiete des gemeinen Rechts herrschte in der Rechtsauslegung in diesem Punkte Verschiedenheit und dadurch erzeugte Unsicherheit im Verkehr.

Der Abzahlungsverkäufer, dem aber gerade an realer Sicherheit sehr viel gelegen war, suchte sich diese mittels anderer Rechtsformen zu verschaffen. Dazu war ihm der Mietvertrag besonders günstig. Der Vermieter bleibt Eigentümer der Mietsache. Damit war das Verbot des Eigentumsvorbehalts umgangen. Sachübergabe enthielt der Mietvertrag auch. Gelang es noch, den anderen Kaufformen Mietform zu geben, so war hier sehr einfach geholfen. Das erwies sich als nicht besonders schwer: Die Ratenzahlungen wurden Mietzinszahlungen, die Rücktrittsklausel

blieb die gleiche, und für den Fall der Zahlung einer bestimmten letzten Rate, die zusammen mit den vorhergehenden die Höhe des Kaufpreises der Sache erreichte, wurde selbsttätige Umwandlung des Miet- in einen Kaufvertrag vereinbart, sowie selbsttätiger Übergang des Eigentums an der Sache auf den nunmehrigen Käufer, bisherigen Mieter und Sachbesitzer.

Ein solcher Vertrag, mag er noch so laut von den Parteien als Mietvertrag bezeichnet werden, und mögen ihm noch soviel Merkmale eines solchen eigen sein, ist aber und bleibt doch stets nur ein Ratenkauf mit Eigentumsvorbehalt und lex commissoria.

Von vornherein ist der Wille der Parteien auf endgültigen Eigentumsübergang gerichtet, nicht bloß auf vorübergehenden Gebrauch. Weder der Erwerber noch der Veräußerer haben ein wirkliches Kündigungsrecht. Dieses Hauptmerkmal des Mietvertrags fehlt für den Erwerber ganz, während für den Veräußerer in dem, jedoch nur in dem ganz anormalen Falle der Zahlungssäumnis wirksam werdenden Rücktrittsrechte vielleicht so etwas ähnliches wie ein Kündigungsrecht enthalten ist. Die Absicht der Parteien ist von Anfang an, nicht Miete, sondern Kauf zustande zu bringen.

Allgemein ist für die juristische Beurteilung eines Rechtsgeschäfts zu sagen, daß für sie die Bezeichnung des Rechtsgeschäftes durch die Parteien in vielen Fällen wird gleichgültig sein müssen. Unkenntnis und auch der in unserem Falle ersichtliche Zweck der Umgehung des Gesetzes lassen die Parteien häufig eine falsche Bezeichnung wählen. Für das erstere Moment bietet auch die für unseren Vertrag oft angewandte Bezeichnung Leihvertrag, obgleich es sich bei ihm doch offenkundig stets um ein Entgelt handelt, einen Beweis. Die juristische Beurteilung eines Rechtsgeschäftes wird sich stets hauptsächlich nach den Wirkungen, die dasselbe ausübt, zu richten haben.

Diese aber sind bei unserem Mietvertrage, abgesehen davon, daß ihm, wie oben gezeigt, gewisse Merkmale eines solchen fehlen, andererseits besondere bei Mietverträgen ungewöhnliche eigen sind, ganz die des Abzahlungsgeschäftes erster Art: Ratenkauf mit Sachübergabe, lex commissoria und Eigentumsvorbehalt. Der Miet- oder Möbelleihvertrag ist mithin ein nur im Verkehr verhülltes Abzahlungsgeschäft der ersten Art; er hat die gleiche juristische Behandlung und Beurteilung zu erfahren wie dieses.[53]) Eine besondere Betrachtung des ihm innewohnenden lex commissoria, wenn eine solche beim Ratenkauf mit Sachübergabe, lex commissoria und Eigentumsvorbehalt stattgefunden hat, erübrigt sich deshalb.

Nur noch einigen Gegenansichten betreffs der juristischen Natur des Möbelleihvertrags mag entgegengetreten werden.

Höhne,[54]) der den Mietvertrag als pactum de vendendo mit einem Innominatrealkontrakt als Inzidenzvertrag (?) konstruiert, ist entgegenzuhalten, daß beide Parteien sogleich Vertragspflichten zu erfüllen haben, mithin unmöglich nur ein Vorvertrag vorliegt.

v. Brünneck,[55]) Dernburg,[56]) Goldschmidt, die in dem Möbelleih- oder Mietvertrag einen Mietvertrag sehen, der sich unter einer Bedingung — nämlich der, daß die Ratenzahlungen die Höhe des Kaufpreises erreichen — in einen Kaufvertrag umwandeln soll, muß außer den gegen einen Mietvertrag sprechenden obigen Ausführungen entgegengehalten werden, daß das Zustandekommen eines Kauf-

---

[53]) So auch Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht II S. 73 Anm. 8a; v. Marwitz in den Beiträgen von Rassow und Küntzel S. 216 ff.; Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgesch. nach geltendem Recht und B.G.B., Berlin 1896, §§ 61 ff. S. 60 ff.

[54]) Theorie des sogen. Leihvertrags 1886.

[55]) in Gruchots Rechtsbeiträgen X S. 339.

[56]) Lehrbuch des preuß. Privatrechts II S. 406.

vertrages nicht durch die Zahlung des Kaufpreises bedingt sein kann.[57])

Auf den Einwand schließlich, daß § 6 unseres Reichsgesetzes den Mietvertrag erwähnt, mithin als solchen anerkennt, ist zu erwidern, daß es dem Gesetz ganz fern gelegen hat, mit einer Bezeichnung die juristische Konstruktion irgend einer Art des Abzahlungsgeschäftes zu geben, daß es nur praktische Regelung bezweckt, deshalb des in der Praxis so außerordentlich häufigen Mietvertrags Erwähnung tun mußte, und daß das praktische Resultat des Gesetzes, das den Mietvertrag in § 6 unter die in § 1 normierten Kaufverträge subsumiert und für ihn keine Sonderregelung hat, die von uns vertretene Wesensgleichheit nur rechtfertigt.

Nachdem wir nunmehr gesehen haben, was unter den Abzahlungsgeschäften im allgemeinen zu verstehen ist, und welches Abzahlungsgeschäft für uns von Interesse ist, können wir nunmehr die gesetzliche Regelung dieses Abzahlungsgeschäftes im Gesetz vom 16. V. 1894 betrachten.

Zuerst noch einige Worte über die Entstehung des Gesetzes:

Die große Beliebtheit, deren sich das Abzahlungsgeschäft bei der ärmeren Bevölkerung erfreute, hatte dazu geführt, daß in fast allen Großstädten Anfang der achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts sogen. Abzahlungsbazare und Abzahlungsgeschäfte — womit hier das Institut, in welchem die Abzahlungskäufe abgeschlossen werden, zu verstehen ist — entstanden, große Warenhäuser, die den Kauf auf Abzahlung als einzige Geschäftsform führten. Dadurch erfuhr diese Kaufform eine noch größere Verbreitung und Verallgemeinerung. Zugleich traten aber auch die ihr anhaftenden Mängel und Mißstände immer allgemeiner und fühlbarer hervor. Auf die guten und bösen

[57]) So auch Weber a. a. O. S. 18ff.

Seiten des Abzahlungsgeschäftes hier einzugehen, würde zu weit führen. Diesbezüglich sei auf die zusammengefaßte Würdigung der für und wieder geltend gemachten Ansichten in der Einleitung der Begründungen zum Entwurfe des Gesetzes vom 16. V. 1894 hingewiesen.

Nur der speziell unserer lex commissoria anhaftende Mißstand möge Erwähnung finden, auf den schon wiederholt im ersten Teile der Betrachtungen aufmerksam gemacht worden ist: die dispositive Annahme der Rechtsverlust- oder Verwirkungsklausel bei der lex commissoria und deren harte und unbillige Folge: der Verlust der Teilzahlungen für den Käufer. Diese schädliche, des lex commissoria im gemeinen Recht gesetzlich beigelegte Wirkung wurde beim Abzahlungsgesetze, um einer beim Streite der Wissenschaft über diese Eigenschaft des lex commissoria immerhin möglichen anderen Gesetzesauslegung zu entgehen, und um jeden Zweifel abzuschneiden, von den Parteien meistens durch Hinzufügung der sogenannten Ratenverwirkungsklausel, die eben nicht anderes als eine dem Rücktrittsrechte zugefügte Rechtsverlust- oder Verwirkungsklausel darstellt, als ausdrücklicher und förmlicher Parteiwille dokumentiert.

Bei der großen Verbreitung, die das Abzahlungsgeschäft im allgemeinen, das mit lex commissoria im besonderen, gewonnen hatte, mußte eine den Schuldner so schädigende Nebenabrede, wie die Rechtsverlust zur Folge habende lex commissoria, direkt zu einer Gefahr für das Volkswohl werden. Wurde mit ihr doch in Tausenden von Fällen der wirtschaftlich Schwache und geschäftlich Unerfahrene, den noch dazu oft der Drang nach Besitz allzu hoffnungsfreudig und deshalb leichtsinnig machte, von dem wirtschaftlich Starken und geschäftlich Gewitzigten systematisch ausgebeutet. Dazu kam, daß auch noch andere beim Abzahlungsgeschäft häufig angewandte Nebenabreden, auf die hier nicht näher einzugehen ist, die gleiche Gefahr

für das Volkswohl wie die lex commissoria mit Verwirkung bedeuteten.

Erst vereinzelt, schließlich aber immer allgemeiner und auch von Handelskammern und sozialen Vereinigungen erhoben wurde deshalb der Ruf nach Abhilfe der Mißstände des Abzahlungsgeschäftes und nach einer gesetzlichen Regelung desselben laut.

Eine zahlreiche Literatur für und gegen das Abzahlungsgeschäft und seine besonderen Nebenabreden entstand. Auch die Regierung konnte sich der Einsicht nicht verschließen, daß hier Abhilfe not tat.

Das Resultat ist das Reichsgesetz vom 16. V. 1894.

Den Begriff „Abzahlungsgeschäft" enthält das Gesetz nur in der Überschrift und im § 6. Durch die in § 6 normierte Unterordnung aller Abzahlungsgeschäfte in anderer als Kaufform, jedoch mit Kaufzweck, unter § 1 stellt das Gesetz als Hauptmerkmale der Abzahlungsgeschäfte, die es zu regeln wünscht, folgende auf: Kaufverträge, Sachübergabe und Teilzahlung.

Eine umfassende Regelung des gesamten Abzahlungsverkehrs liegt dem Gesetz fern. Sein Zweck ist allein, den Mißständen, die das Abzahlungsgeschäft zur Folge hat, und die dem Volkswohl gefährlich zu werden drohen, abzuhelfen. Über diesen Zweck sprechen sich die Motive [58]) zum Entwurf des Gesetzes mit folgenden Worten aus: „Die Unzweckmäßigkeit aller Maßregeln, die behufs Beschränkung aller Abzahlungsgeschäfte als solcher etwa in Betracht kommen könnten, führt dazu, daß die Gesetzgebung sich mit der Bekämpfung einzelner Auswüchse auf dem fraglichen Gebiete begnügen muß."

Vor allem gilt es zunächst, den Unterschied zwischen Kauf- und Abzahlungskauf im Sinne des Gesetzes festzu-

[58]) Begründung zu dem am 13. 12. 1893 dem Reichstage vorgelegten (II.) Entw. in Hausmann, Das R.G. betr. das Abzahlungsgesch. S. 37.

stellen. Der letztere Begriff ist der bedeutend engere. Der Abzahlungskauf, betreffs dessen das Gesetz Bestimmungen aufstellen will, ist sowohl in subjektiver als auch in objektiver Hinsicht ein eng begrenzter.

Bezüglich des Rechtssubjekts bestimmt das Gesetz in § 8, daß Abzahlungskauf im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Die Motive bemerken hierzu:[59]) „Die Einschränkungen, die der Entwurf in seinen (vorstehenden) Bestimmungen trifft, sind nur auf denjenigen Teil des Publikums berechnet, der eines gesetzlichen Schutzes gegen nachteilige Vertragsabschlüsse bedarf.“ Konsequenterweise schließt das nur Schutzzweck habende Gesetz die von seinem Schutze aus, die vermöge ihres Berufs die nötige Übersicht und Geschäftsroutine haben, um die Wirkungen eines Geschäftes im vollen Umfange zu überblicken, und die deshalb eines Schutzes vor Übervorteilung nicht bedürfen. Wird doch auch durch diese Beschränkung die Vertragsfreiheit bei einer großen Anzahl von Geschäften unangetastet gelassen.

Bezüglich des Objektes, des Kauf- oder Kaufzweck erstrebenden Vertrages, erklärt sich das Gesetz nur in den Fällen für anwendbar, in denen

I. die Kaufsache

a) eine bewegliche Sache ist — Verkäufe von Grundstücken auf Abzahlung unterliegen also den Normen des Gesetzes nicht, ebensowenig Verkäufe von Rechten und Forderungen, sondern nur Sachen im Sinne des § 90 ff. des B.G.B., —

b) dem Käufer übergeben ist — die Übergabe muß also vor der Zahlung des Kaufpreises erfolgen und entweder zum Zwecke der Eigentumsübertragung geschehen, oder, falls Eigentumsvorbehalt vereinbart ist, zum Zwecke

---

[59]) a. a. O. S. 48.

des Gebrauchs, der nach dem Willen der Parteien ein dauernder sein soll —;

II. der Kaufpreis in Teilzahlungen berichtigt werden soll.

Das „berichtigt werden soll“ und der Plural „Teilzahlungen“ besagen, daß nach der Übergabe mindestens noch zwei Teilzahlungen entrichtet werden müssen.[60])

Auf alle Abzahlungsgeschäfte, die hinsichtlich des Subjekts oder Objekts diesen Voraussetzungen des Gesetzes nicht entsprechen, sind die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nicht die des Abzahlungsgesetzes anzuwenden.

Wenn im künftigen vom Abzahlungsgeschäft gesprochen wird, soll immer nur das unter die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes fallende gemeint sein.

Nun im speziellen wieder zu dem uns besonders interessierenden Abzahlungsgeschäfte, das die lex commissoria enthält! Gleich § 1 des Gesetzes handelt davon: „Hat der Verkäufer sich das Recht vorbehalten, wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen von dem Vertrage zurückzutreten“: Rücktrittsvorbehalt für den Fall der Nichterfüllung, mithin lex commissoria!

Für die Rechtsverhältnisse bis zur Ausübung der lex commissoria sind im Gesetz Normen nicht zu finden. Die Normen des Spezialgesetzes gehen dem allgemeinen vor, dagegen kommen die allgemeinen Normen wiederum da, wo solche im Spezialgesetz fehlen, zur Geltung. Für die Rechtsverhältnisse bis zur Ausübung der lex commissoria kommen deshalb für unser Abzahlungsgeschäft die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung.

Selbständige Vorschriften aber gibt das Gesetz vom 16. V. 1894 für die Wirkungen der im Abzahlungsgeschäft enthaltenen lex commissoria: „Hat bei dem Verkauf einer dem Verkäufer übergebenen beweglichen Sache, deren

[60]) vgl. Schmitt, Das R.G. betr. d. Abzahlungsgeschäfte S. 41; Hausmann a. a. O. S. 56.

Kaufpreis in Teilzahlungen berichtigt werden soll, der Verkäufer sich das Recht vorbehalten, wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen von dem Vertrage zurückzutreten, so ist im Falle dieses Rücktritts jeder Teil verpflichtet, dem anderen Teile die empfangenen Leistungen zurückzugewähren."

Die Übereinstimmung des § 1 des Gesetzes mit dem § 346 des B.G.B. ist augenscheinlich. Seine Erklärung findet dieser Umstand in der schon oben erwähnten Anlehnung der Bestimmungen des Gesetzes an die entsprechenden Paragraphen des bei der Entstehung des Gesetzes schon bekannten ersten Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Während der erste Satz des § 1 dem gemeinen Rechte gegenüber die große Neuerung brachte: Verwerfung der dinglichen Wirkung der lex commissoria — nur obligatorische Wirkung unter den Parteien, stimmt es mit der Rechtsanschauung des Bürgerlichen Gesetzbuches überein. Zwischen Abzahlungsgesetz und Bürgerlichen Gesetzbuch bringt der zweite Satz des § 1 die erste Verschiedenheit.

Während das Bürgerliche Gesetzbuch in allen seinen, auch für die lex commissoria geltenden Bestimmungen nur dispositives Recht geschaffen hat, nach ihm also anderes enthaltende, deutlich zum Ausdruck gebrachte Parteivereinbarungen stets zu respektieren sind, bestimmt der zweite Satz des § 1 des Abzahlungsgesetzes: „Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig." Beim Abzahlungsgeschäft können mithin die Parteien der ausgeübten lex commissoria keine andere Wirkung beilegen, als die obligatorische Verpflichtung zur gegenseitigen Rückgewähr.

Der Zweck des Gesetzes ist klar ersichtlich.

Nicht nur dispositiv, als der lex commissoria stets innewohnend, soll die Rechtsverlust- oder Verwirkungsklausel nicht mehr angenommen werden, sie soll beim Abzahlungsgeschäft, hier Ratenverwirkungsklausel genannt,

überhaupt ganz verboten sein. Der unerfahrene, oft durch die Verhältnisse zur Annahme ungünstiger Vertragsbedingungen gedrängte Käufer soll vor der Ausbeutung mittels dieser Klausel geschützt werden. Macht der Verkäufer von der lex commissoria Gebrauch, so muß beim Abzahlungsgeschäft infolge der hier kraft Gesetzes eintretenden Verpflichtung zur gegenseitigen Rückgewähr der Käufer die geleisteten Teilzahlungen herausgezahlt bekommen. Der Käufer wird durch diese Bestimmung vor Schaden bewahrt. Wie ist demgegenüber aber der Verkäufer gestellt?

Fast immer erhält er seine Kaufsache als eine durch den Gebrauch im Werte erheblich gesunkene zurück. Allerdings steht ihm auch nach den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Anspruch auf Vergütung der Benutzung zu. Mit anderen Worten ist das ein Mietzins für die Zeit, während der der Käufer die Sache im Besitz gehabt hat. Der übliche Mietzins für eine Sache gleicht aber nur in den seltensten Fällen, man denke an Möbel und Kleidungsstücke, die Wertminderung aus, die dieselbe, namentlich wenn sie neu war, durch eine, wenn auch nur kurze Benutzung, erfahren hat. Daß hier leicht für den Verkäufer Schaden entstehen kann, ist nicht zu verkennen. Noch mehr derartiges läßt sich konstatieren:

Am Vermieten ist dem Abzahlungsverkäufer nichts gelegen, er will Kauf und erhofft vom Kauf Geschäftsgewinn. Diese Hoffnung bestimmt ihn häufig zu besonderer Coulanz, zur Übernahme des Transportes der Sache in die Wohnung des Käufers, zur Aufstellung daselbst, zur Gebrauchsbelehrung usw. Die ihm dadurch entstehenden Unkosten pflegt er in den Geschäftsgewinn einzurechnen. Zwingt ihn die Zahlungssäumnis des Käufers zum Rücktritt, so entgeht ihm der erhoffte Geschäftsgewinn, und diese Unkosten fallen ihm dann zur Last. Es liegt auf der Hand, daß die unabänderliche zwingende Bestimmung

der Verpflichtung zur strengen gegenseitigen Rückgewähr in vielen Fällen eine Härte für den Verkäufer bedeutet. Die dispositiven Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches betreffs der gegenseitigen Rückgewähr konnten leicht von den Parteien noch ausgebaut oder im einzelnen ein wenig verändert werden und erübrigten deshalb die Ausführlichkeit. Das zwingendes Recht schaffende Abzahlungsgesetz mußte auf ausführlichere und umfassendere Ausführungsbestimmungen bedacht sein. Und so bemüht sich denn der § 2 des Abzahlungsgesetzes in den Ausführungsbestimmungen, die er für die gegenseitige Rückgewähr aufstellt, auch den von uns oben erwähnten Schädigungen des Verkäufers vorzubeugen, indem er den durch den Rücktritt solchergestalt entstehenden Schaden zum Teil, ja zum großen Teil, dem Käufer zu tragen gibt. Da dieser durch seine Zahlungssäumnis doch auch immer an dem Rücktritte schuld ist, entsprechen die Bestimmungen des § 2 durchaus der Billigkeit.

Im einzelnen sind es folgende:

1. „Der Käufer hat dem Verkäufer für die infolge des Vertrags gemachten Aufwendungen Ersatz zu leisten."

Gleich diese erste Bestimmung des § 2 enthält etwas Neues, vom Bürgerlichen Gesetzbuches unberücksichtigt Gelassenes.

Sie bezieht sich auf die schon oben flüchtig erwähnten, vom Verkäufer in der Hoffnung auf Geschäftsgewinn gemachten Aufwendungen. Hierher gehören: Anschaffungen von Kontrabüchern und Vertragsformularen, Stempelgebühren, Provisionsgebühren an Agenten, Kosten für Transport, Aufstellung, Zusammensetzung (so namentlich bei Maschinen), Gebrauchsbelehrung, Verzollung, Verpackung, kurz alles Aufwendungen, die der Verkäufer in den Geschäftsgewinn einzurechnen pflegt, die aber durchaus zugunsten und zum Vorteile des Käufers gemacht worden sind. Daß der Käufer diese dann, wenn der Verkäufer durch seine Schuld zum

Rücktritte gezwungen ist, zu ersetzen hat, kann nur als der Billigkeit entsprechend bezeichnet werden.

2. „Der Käufer hat für Beschädigungen der Sache, welche durch ein Verschulden des Käufers oder durch einen von ihm zu vertretenden Umstand verursacht sind, Ersatz zu leisten."

Diese Bestimmung deckt sich im wesentlichen mit den §§ 347, 989 des B.G.B. Beschädigung ist nach den Motiven[61]) sowohl Untergang als Verschlechterung. Beschädigung ist aber nicht die infolge ordnungsmäßigen Gebrauchs hervorgerufene Verschlechterung, also Abnutzung — für diese gelten besondere Bestimmungen —, sondern nur außerordentliche Verschlechterung. Der Käufer ist jedoch nur dann für die Beschädigung ersatzpflichtig, wenn diese durch sein Verschulden, oder durch einen sonstigen, von ihm zu vertretenden Umstand verursacht sind. Das Verschulden und die sonstigen vom Käufer zu vertretenden Umstände sind nach dem Bügerlichen Gesetzbuch zu beurteilen. Hierfür kommen namentlich die §§ 276, 278 in Betracht. Hat die Beschädigung im reinen Zufall ihren Grund, entfällt die Ersatzpflicht des Käufers.

3. „Für die Überlassung des Gebrauchs oder der Benutzung ist deren Wert zu vergüten." Die Übereinstimmung mit B.G.B. § 246 S. 2 ist ersichtlich. Der Zusatz „des Gebrauchs" ist ein Pleonasmus des Gesetzes, der jeder besonderen Bedeutung entbehrt.[62])

Einbegriffen in die Überlassung der Benutzung ist auch der Wert der gezogenen Früchte.[63]) Wie der Begriff „Wert" aufzufassen ist, darüber geben die Motive[64]) zum

[61]) a. a. O. S. 44.

[62]) vgl. Lazarus S. 93 § 83 Abs. 3. der die historische Erklärung für die Entstehung des Ausdrucks: „Überlassung des Gebrauchs oder der Benutzung" gibt.

[63]) vgl. Hausmann a. a. O. S. 74; Lazarus a. a. O. S. 91; Schmidt a. a. O. S. 55.

[64]) a. a. O. S. 44.

Gesetze Aufschluß. Sie sagen: „Wert zu vergüten, d. h. diejenige Entschädigung zu gewähren, die unter entsprechenden Verhältnissen für den gemeingewöhnlichen Gebrauch derartiger Gegenstände üblich ist.“

Praktisch stellt sich also diese Entschädigung als der für solche Gegenstände für die jedesmalige Zeit übliche Mietpreis dar.

„Allein“, führen die Motive fort, „hierbei ist selbstverständlich auf die Verringerung des Verkehrswertes, den z. B. neue Möbel durch eine, wenngleich nur kurze Benutzung erleiden, gebührende Rücksicht zu nehmen.“ Diese Rücksicht, die die Motive als selbstverständlich bezeichnen, war nach der Meinung des Reichstagsabgeordneten Enneccerus nach dem Texte des Gesetzes, wie es zur zweiten Lesung im Reichstag vorlag, durchaus nicht selbstverständlich, da sie in keiner Weise zum Ausdruck gebracht war. Auf seinen Antrag nahm der Reichstag in der Sitzung vom 10. April 1894 folgenden Zusatz zum Wortlaute des Gesetzes auf: „wobei auf die inzwischen eingetretene Wertminderung Rücksicht zu nehmen ist“.

Daß die Fassung des Gesetzes in diese Form eine besonders glückliche ist, kann kaum behauptet werden. Vor allem ergibt sich sofort die Frage: „Was ist unter Wertminderung zu verstehen? Welche Wertbegriffe müssen voneinander subtrahiert werden, um die Differenz „Wertminderung“ zu geben?“

„Für den Moment des Rücktritts kommen zwei Werte in Betracht: der objektive Wert nach der käuferischen Benutzung und der Wert, den der Verkäufer bei einem späteren Verkauf der Sache gewöhnlich noch erzielt.

Da der letztere sehr unbestimmt ist und oft auf Zufälligkeiten beruht, eignet er sich nicht zur Feststellung der Wertdifferenz. Als Wert zur Rücktrittszeit, in unserem Rechenexempel also als Divisor, wird mithin der wirkliche, objektive Wert der Sache nach der verkäuferischen Be-

nutzung in Betracht kommen. Dieser kann von dem Werte, den der ursprüngliche Kaufpreis der Sache darstellt, subtrahiert werden oder von dem wirklichen objektiven Wert der Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses. Ersteres muß als der ratio legis, die Schutz des Schuldners bestrebt, zuwiderlaufend abgelehnt werden. Denn würde auf diese Differenz Rücksicht zu nehmen sein, so würde ein gewissenloser Geschäftsmann durch Festsetzung übermäßiger Preise seine Zwecke wie nach bisherigem Rechte erreichen können,[65]) und die Bestimmung wäre ein Ansporn für den Verkäufer, den Käufer gleich mit dem Kaufpreise recht zu überteuern. Mithin sind der wirkliche objektive Wert der Sache zur Zeit des Kaufabschlusses und zur Zeit des Rücktritts Divident und Divisor, und ihre Differenz ist der Begriff der Wertminderung.[66])

Das Gesetz sagt aber: „wobei zu berücksichtigen ist". Also hat der Verkäufer nicht etwa einen Anspruch auf Vergütung der Gebrauchs- und Benutzungsvergütung plus der Wertdifferenz. Nur im Rahmen der Gebrauchsvergütung — das drückt das „wobei" aus — soll die Wertdifferenz eine Erhöhung erzielen — das besagt das „soll berücksichtigt werden".

Der Mietpreischarakter muß gewahrt bleiben, die Entschädigung darf nicht Kaufpreischarakter annehmen.

Der Schaden, den die durch bloßen Zeitablauf eintretende Wertminderung gewisser Sachen darstellt, wird mithin beiden Parteien zu tragen auferlegt. Auf des Käufers Seite erhöht er die Benutzungsentschädigung, soweit er aber das Höchstmaß dieser übersteigt, fällt er dem Verkäufer zur Last.

Wie der Zusatz zum § 2 des Gesetzes mit seinem Hinweis auf C.P.O. § 281 I besagt, ist bei der Beurteilung

---

[65]) Motive a. a. O. S. 43.

[66]) vgl. im Resultat: Hausmann a. a. O. S. 76.

der Vergütung im Streitfalle dem Ermessen des Richters ein weiter Spielraum gelassen. Bei der enormen Verschiedenheit der einzelnen Fälle und den unbestimmten Ausdrücken des Gesetzes, wird dieser Zusatz von praktischen Gründen diktiert.

Der noch nicht erwähnte Satz 3 des § 2 enthält auch für die Vorschriften des § 2 die Statuierung des zwingenden Rechtes: „Eine entgegengesetzte Vereinbarung, insbesondere die vor Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgte vertragsmäßige Festsetzung einer höheren Vergütung, ist nichtig.“ Das Gesetz will also in § 2 das Höchstmaß der Ansprüche, die der Verkäufer aus dem Abzahlungsgeschäfte nach dem erklärten Rücktritte geltend machen kann, festgelegt haben. In dem Rahmen der in § 2 getroffenen Bestimmungen ist die Vertragsfreiheit in bezug auf die Entschädigung des Verkäufers eingeengt. Ist aber der Rücktritt erfolgt und schließen nunmehr die Parteien auf Grund ihrer gegenseitigen Rückgewährspflicht einen Vergleich ab, der eine höhere Vergütung der Gebrauchsüberlassung, als § 2 normiert, enthält, so hat die Nichtigkeitsbestimmung des § 2 auf diesen keinen Einfluß, denn sie erstreckt sich, wie das Gesetz besonders betont, nur auf die vor erfolgtem Rücktrittsrecht getroffenen, die Bestimmungen des § 2 überschreitenden Parteivereinbarungen. Aus dem Abzahlungsgeschäft, für das allein das Gesetz den so weit gehenden Schuldnerschutz normiert, würde sich ein solcher Anspruch des Verkäufers ja auch nicht herleiten.

Deshalb heißt es in den Motiven: „Wird dagegen nach Ausübung des Rücktrittsrechtes über die Höhe der Vergütung eine Einigung erzielt, so hat es damit sein Bewenden.“

§ 3 des Abzahlungsgesetzes bestimmt, entsprechend B.G.B. § 348, daß die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien aus dem Rücktritte Zug um Zug zu erfüllen sind.

§ 5 endlich normiert noch eine gesetzliche lex com-

missoria, indem er, um eine Umgehung des Gesetzes zu verhüten, der auf Grund des vorbehaltenen Eigentums erfolgten Zurücknahme der verkauften Sache kraft Gesetzes die Wirkung einer ausgeübten lex commissoria beilegt.

Während das Reichsgesetz vom 16. V. 94 betreffend die Abzahlungsgeschäfte gegenüber dem gemeinen Rechte eine grundverschiedene Auffassung vom Wesen der lex commissoria zum Ausdruck brachte, indem es der dinglich wirkenden Resolutivbedingung und dispositiven Verwirkungsfolge das Rücktrittsrecht mit nur obligatorischer Wirkung und dem Verbote der Verwirkungsklausel gegenüberstellte, stimmt es mit den Anschauungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Wesen der lex commissoria überein. Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen diesen beiden Gesetzen besteht nur insofern, als die Bestimmungen des einen zwingende, die des anderen dispositive sind.

Aus diesem Umstande aber erklären sich auch wieder die im Abzahlungsgesetze zu den Ausführungsbestimmungen über die gegenseitige Rückgewährspflicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch hinzukommenden und insofern einen Unterschied beider Gesetze darstellenden Vorschriften von dem Anspruch des Verkäufers auf Ersatz „von Verwendungen“ und von der „Rücksichtnahme auf die Wertminderung bei der Beurteilung des verkäuferischen Benutzungsvergütungsanspruches“.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.